Münchener Schriften zum Europäischen und Internationalen Kartellrecht 39

Yukun Xiao

Private Rechtsdurchsetzung des Kartellrechts aus rechtsvergleichender Sicht: Europäische Union, Deutschland und China

Nomos

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Münchener Schriften zum Europäischen und Internationalen Kartellrecht

herausgegeben von

Prof. Dr. Josef Drexl LL.M. (UC Berkeley)
Direktor Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb, München

Band 39

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Yukun Xiao

Private Rechtsdurchsetzung des Kartellrechts aus rechtsvergleichender Sicht: Europäische Union, Deutschland und China

Nomos

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die Open-Access-Veröffentlichung der elektronischen Ausgabe dieses Werkes wurde ermöglicht mit Unterstützung durch die Max-Planck-Gesellschaft.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Zugl.: München, LMU, Diss., 2021

u.d.T.: Private Durchsetzung des Wettbewerbsrechts aus rechtsvergleichender Sicht: Europäische Union, Deutschland und China

1. Auflage 2023

© Yukun Xiao

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-7560-0674-8
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden
ISBN (ePDF): 978-3-7489-4200-9
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden

DOI: https://doi.org/10.5771/9783748942009

Onlineversion
Nomos eLibrary

Dieses Werk ist lizensiert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Vorwort

„Das ist der Weisheit letzter Schluß:
Nur der verdient sich Freiheit wie das Leben, der täglich sie erobern muß."
Johann Wolfgang von Goethe

Die vorliegende Arbeit wurde 2021 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen, wobei Rechtsprechung und Literatur im Wesentlichen bis 2020 berücksichtigt wurden. Das Erscheinen dieser Arbeit hat sich aufgrund einer Reihe von Schwierigkeiten verzögert, jedoch ermöglichte dies die wichtigsten rechtlichen Entwicklungen in China in den Jahren 2020 bis 2022 in die Arbeit einzuarbeiten, so dass der chinesische Teil der Arbeit auf dem aktuellen Stand ist.

Mein herzlicher Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Thomas Ackermann, für sein Vertrauen in meine Fähigkeiten und für den Freiraum, den er mir gegeben hat, um meine Ideen zu entwickeln und meine Forschung voranzutreiben. Seine Ermutigung und Unterstützung waren für die Fortsetzung meiner akademischen Laufbahn von großer Bedeutung.

Herrn Prof. Dr. Josef Drexl möchte ich für die Erstellung des Zweitgutachtens herzlich danken. Seine wertvollen Anmerkungen und die Aufnahme dieser Arbeit in die vorliegende Schriftenreihe waren für die Veröffentlichung sehr wichtig. Mein Dank gilt auch Herrn Prof. Dr. Matthias Leistner für die Beteiligung an der mündlichen Prüfung und die spannende Diskussion.

Herrn Prof. Dr. Xianlin WANG, Frau Prof. Dr. Xiaomin FANG und Herrn Prof. Dr. Dr. Mark-Oliver Mackenrodt danke ich für ihre Anregungen und die großartige Unterstützung meiner Arbeit. Mein Dank gilt auch Herrn Henry Deuschl und Frau Dr. Stefanie Vögl für ihre umfangreiche Unterstützung beim Korrekturlesen und Frau Doris Kohlmann vom Promotionsamt der LMU für ihre stetige Hilfe während der Promotions- und Abschlussphase. Ich danke Frau Fei LI, Frau Dr. Ping JIAO, Frau Dr. Cong XU, Herrn Dr. Tao LI und Frau Dr. Yixiao LI, die mich während der Arbeit an der Dissertation in vielfältiger Weise unterstützt und motiviert haben.

Besonderer Dank gilt dem Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb für die finanzielle Unterstützung während meiner Promotion und

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

für die Unterstützung bei der Open-Access-Veröffentlichung meiner Dissertation.

Ich danke meinen Eltern, Shanggui XIAO und Meilian YIN. Nur durch ihre bedingungslose und liebevolle Unterstützung und stetige Ermutigung war es mir möglich, diesen wichtigen Meilenstein auf meinem Lebensweg zu erreichen. Ihnen ist dieses Buch gewidmet.

In Dankbarkeit und Demut lege ich dieses Buch vor und freue mich auf die kommenden Herausforderungen und Chancen, die meine akademische Laufbahn mit sich bringen wird.

Shanghai, April 2023 Yukun Xiao

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis 15

Einleitung 21

1. Forschungsthemen 23
2. Begrenzung des Untersuchungsgegenstands 24
3. Gang der Arbeit 25

§ 1 Grundlagen 27

A. Die Entwicklung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung 27

I. USA 27
1. Rechtslage 27
2. Praxisentwicklung 29
a. Statistische Perspektive 29
b. Wettbewerbspolitische und gerichtliche Perspektive 30
3. Zwischenfazit 33

II. EU-Ebene 33
1. Von EuGH-Urteil *Courage* bis *Kone* 34
2. Verstärkung der privaten Durchsetzung infolge des Systemwechsels 35
3. Vom Grünbuch bis zur EU-Schadensersatzrichtlinie 36

III. Deutschland 38
1. Rechtliche und gerichtliche Entwicklung vor der 7. GWB-Novelle 38
2. Rechtliche und gerichtliche Entwicklung nach der 7. GWB Novelle 41
3. Zwischenfazit 43

IV. China 44
1. Die Entstehung und Entwicklung des Antimonopolgesetzes der Volksrepublik China 44
a. Begrifflichkeiten 47
b. Zielsetzung des AMG und der Wettbewerbspolitiken 48
aa) Das gesamtgesellschaftliche Interesse 49
bb) Der faire Wettbewerb 51

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

c. Verwaltungsmonopole 52
d. Reform der Vollzugsbehörden 53
2. Entwicklung der privaten Durchsetzung 56
a. Rechtliche Entwicklung 56
b. Gerichtliche Entwicklung 60
V. Fazit: Begründung für eine vergleichende Untersuchung 68

B. Begriff der privaten Kartellrechtsdurchsetzung 71

§ 2 Zielsetzungen der privaten Durchsetzung 73

A. Ökonomische Grundlagen 74
I. Schadenswirkung von Kartellen 74
1. Schadensarten aus volkswirtschaftlicher Sicht 74
2. Geschädigte Marktakteure 77
3. Ausmaß der kartellbedingten Preisüberhöhung 77
II. Schadenswirkung durch Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung 79
III. Zwischenfazit 81
IV. Ökonomische Theorie der Rechtsdurchsetzung 81
1. Die optimale Kartellrechtsdurchsetzung 81
2. Durchsetzungskosten 84
a. Aufdeckungskosten 85
b. Sämtliche Verfahrenskosten 87

B. Kompensation versus Abschreckung 88
I. Bestandsaufnahmen im Rahmen des europäischen, deutschen und chinesischen Rechts 89
1. EU 89
a. EuGH-Rechtsprechung 89
b. EU-Schadensersatzrichtlinie 91
2. Deutschland 92
3. China 95
II. Rechtliche Bedenken gegen die Abschreckungszielsetzung 98

C. Kompensation und Abschreckung 100
I. Unvollständige Verwirklichung des Kompensationszwecks 101
1. Dilemma unter dem Kompensationszweck 101
2. Missverständnisse über den Abschreckungszweck 104
II. Erhöhung der Durchsetzungskraft unter der dualen Zielsetzung 106

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

III. Diskussion über die Missbrauchsgefahr 107
IV. Vereinbarkeit mit europäischem, deutschem und chinesischem Recht 108
1. EU 108
2. Deutschland 109
3. China 111

§ 3 Nichtigkeitssanktion 115

A. Rechtslage 115
I. EU-Recht 115
II. Deutsches Recht 118
1. Nichtigkeitsanordnung nach § 134 BGB 118
2. Nichtigkeitsfolge und alternative Gestaltungsformen aufgrund des Normzweckvorbehaltes des § 134 BGB 120
3. Geltendmachung der Unwirksamkeit von Unternehmenszusammenschlüssen 122
III. Chinesisches Recht 122
1. Unwirksamkeit nach dem chinesischen Zivilrecht und Rechtsfolge 122
2. Geltendmachung der Unwirksamkeit von Unternehmenszusammenschlüssen 126

B. Praxisanwendung 129
I. EU 129
II. Deutschland 130
III. China 133

C. Fazit: Die Bedeutung der Nichtigkeitssanktion für die private Durchsetzung 135

§ 4 Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch 137

A. Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch im deutschen Kartellrecht 137
I. Übersicht 137
II. Anspruchsvoraussetzungen 139
1. Allgemeines 139
2. Klagebefugnis für Verbandsklage 141

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

B. Beseitigung und Unterlassung im chinesischen Antimonopolrecht 142
I. Beseitigungs- und Unterlassungspflicht in drei Haftungsformen 142
1. Einstellung der Verletzungen 143
2. Behebung von Behinderungen 144
3. Beseitigung von Gefahren 145
4. Zwischenfazit 145
II. Anspruchsvoraussetzungen 147
C. Anwendungspraxis 147
I. Deutschland 147
1. Statistischer Überblick 148
2. Anwendungsfälle 149
II. China 153
1. Überblick 153
2. Anwendungsfälle 153
D. Fazit: Unentbehrlichkeit des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs für die private Durchsetzung 156

§ 5 Schadensersatzanspruch 159
A. Stand der Schadensersatzklagen in Deutschland und China 159
I. Deutschland 159
II. China 161
B. Aktivlegitimation 161
I. Kreis der Anspruchsberechtigten nach Vorgaben des deutschen Rechts unter Einfluss des europäischen Rechts 162
1. Betroffene des Kartellverstoßes nach § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV 162
a. Mitbewerber 162
b. Unmittelbare Abnehmer/Lieferanten 163
c. Mittelbare Abnehmer/Lieferanten 164
d. Kunden von Wettbewerbern des Kartellteilnehmers 164
e. Zwischenfazit 165
2. Betroffene von missbräuchlichem Verhalten nach § 19 GWB bzw. Art. 102 AEUV 165
II. Kreis der Anspruchsberechtigten nach dem chinesischen Recht 166

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

III. Überlegungen zur Anspruchsberechtigung der mittelbaren Abnehmer 169
1. Problematik im Rahmen des Präventions- und Ausgleichsgedankens 169
2. BGH-ORWI Überlegungen 172
3. Stellungnahme 173

C. Verschulden und Kausalität 175

D. Schadensumfang und Ermittlung des Schadens 177

I. Schadensumfang 177
1. Nach Vorgaben des deutschen Rechts unter Einfluss des europäischen Rechts 177
2. Nach Vorgaben des chinesischen Rechts 178
a. Rainbow vs. Johnson & Johnson 179
b. Huawei vs. IDC 181
c. WU Xiaoqin vs. Shaanxi Radio and Television Media Co. Ltd 182
d. Yan'an Jiacheng Concrete Co., Ltd. v. Fujian Sanjian Engineering Co., Ltd 183

II. Schadensermittlung 184
1. Methoden der Schadensermittlung 184
a. Vergleichsmarktmethoden 185
b. Andere wirtschaftliche Methoden 186
c. Vertragliche Schadenspauschalierungen und sonstige Methode 186
d. Wahl der Methoden 188
2. Schadensberechnung bei Kartellen 188
a. Anwendungsbeispiele 188
aa) Zeitlicher Vergleich 189
bb) Räumlicher Marktvergleich 190
cc) Vertragliche Schadenspauschalierung 191
b. Schwierigkeiten und Vorschläge 191
aa) Vertragliche Schadenspauschalierung 192
bb) Schadenschätzung 193
cc) Ermittlung des Schadens anhand des vom Schädiger unrechtmäßig erzielten Gewinns 195
3. Schadensberechnung bei missbräuchlichem Verhalten 196

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

III. Möglichkeit des mehrfachen Schadensersatzes 198
1. Verzinsung 199
2. Differenzierte Multiplikatoren des Schadensersatzes 200
a. Mehrfachschadensersatz für horizontale Hardcore-Kartelle 201
b. Mehrfachschadensersatz für missbräuchliche Verhaltensweisen 202
c. Einfacher Schadensersatz für vertikale Vereinbarung 203
d. Zwischenfazit 203
E. Fazit: Zentrale Bedeutung der Schadensersatzklagen 203

§ 6 Beweisrecht 205

A. Beweislast 206
I. Grundsatz – objektive Beweislast 206
II. Sonderregelungen nach europäischen und deutschen Rechtsvorgaben 209
1. Gesetzliche Vermutung der marktbeherrschenden Stellung nach § 18 Abs. 4 und Abs. 6 GWB 209
2. Schadensvermutung bei Kartellen und Schadensschätzung 210
3. Schadensabwälzung 211
a. Schadensersatzklagen von unmittelbaren Abnehmern 212
b. Schadensersatzklagen von mittelbaren Abnehmern 213
III. Sonderregelungen nach chinesischen Rechtsvorgaben 214
1. Monopolisierende Vereinbarung 216
a. Horizontale Monopolvereinbarung 217
b. Vertikale Monopolvereinbarung 220
2. Missbräuchliche Verhaltensweise 222
a. Ist es immer notwendig, den relevanten Markt abzugrenzen? 222
aa) Sachverhalt des Qihoo vs. Tencent-Verfahrens 223
bb) Aus den Entscheidungsgründen 224
cc) Anmerkung 225
b. Wann wird eine marktbeherrschende Stellung vermutet? 226
aa) Gesetzliche Vermutungsregelungen 226

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bb) Weitere Beweiserleichterungen 228
c. Missbrauch und „ohne angemessenen Grund“ 230

B. Zugang zu Beweismitteln 232
I. Offenlegungsregelungen in der EU-Schadensersatzrichtlinie 232
II. Offenlegungsregelungen im deutschen Recht 234
1. Materiell-rechtlicher Informationsanspruch in der 9. GWB-Novelle 234
2. Offenlegung aus Behördenakten 235
III. Bewertung 236

C. Bindungswirkung 238
I. Inhalt und Umfang der Bindungswirkung nach deutschen Rechtsvorgaben 239
II. Fehlende Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidung in China 240

D. Fazit: Vergleichende Betrachtungen 243

§ 7 Ausblick für die Weiterentwicklung der privaten Durchsetzung und Vorschläge für AMG 247

A. Differenzierte Ansätze für die private Durchsetzung 247
I. Vertikale Vereinbarungen 248
II. Missbräuchliche Verhaltensweisen 249
III. Hardcore-Kartelle 250

B. Vorschläge für Ausgestaltung der privaten Durchsetzung des AMG 250
I. Verbesserung der rechtlichen Rahmenbedingungen 253
II. Verbesserung der Schadensersatzklage 254

Literaturverzeichnis 255

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY - https://www.nomos-elibrary.de/agb

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.F.	alte Fassung
AG ChinZR-1986	Allgemeine Grundsätze des Zivilrechts der Volksrepublik China
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AMG	Das Antimonopolgesetz der Volksrepublik China
Antitrust Law J.	Antitrust Law Journal
Art.	Artikel
AT ChinZR	Allgemeiner Teil des Zivilrechts der Volksrepublik China
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BB	Betriebsberater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
bspw.	beispielsweise
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
d.h.	das heißt
Cardozo Law Rev.	Cardozo Law Review
ChinUWG	das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb der Volksrepublik China
ChinVG	Vertragsgesetz der Volksrepublik China
ChinZPG	Zivilprozessgesetz der Volksrepublik China
DDFX	Contemporary Law Review (当代法学)
DOJ	Department of Justice

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

DZZSCQ	Electronics Intellectual Property (电子知识产权)
E.C.L.R.	European Competition Law Review
EG	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in der Fassung des Vertrags von Amsterdam
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
EuG	Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGH Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs
Eur. Law Rev.	European Law Review
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
FS	Festschrift
Fn.	Fußnote
FLKX	Science of Law (法律科学)
FLSY	Journal of Law Application (法律适用)
FTC	Federal Trade Commission
FX	Law Science (法学)
FXJ	Jurists Review (法学家)
FXPL	Law Review (法学评论)
FXYJ	Chinese Journal of Law (法学研究)
FXZZ	Law Science Magazine (法学杂志)
FSYJ	Studies in Law and Business (法商研究)
gem.	gemäß
Georgetown Law J.	the Georgetown Law Journal
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
Iowa Law Rev.	Iowa Law Review

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

J. Compet. Law Econ	Journal of Competition Law and Economics
JJFLC	Economic law forum (经济法论丛)
J. Law Econ.	the Journal of Law & Economics
J. Econ. Bus.	Journal of Economics and Business
J. Law, Econ. Organ.	the Journal of Law, Economics, and Organization
J. Legal Stud.	the Journal of Legal Studies
JNXB	Journal of Jinan University (Philosophy and Social Sciences) (暨南学报-哲学社会科学版)
J. Polit. Econ.	Journal of Political Economy
J. Public Econ.	Journal of Public Economics
JXCJDXXB	Journal of Jiangxi University of Finance and Econonomics (江西财经大学学报)
JXSHKX	Journal of Jiangxi Social Science (江西社会科学)
JZ	Juristenzeitung
JZFYJ	Competition law research (竞争法研究)
JZZCYJ	Competition Policy Research (竞争政策研究)
KG	Kammergericht, Berlin
LG	Landgericht
Mio.	Millionen
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report
NJSHKX	Social Sciences in Nanjing (南京社会科学)
Notre Dame Law Rev.	Notre Dame Law Review
Nr.	Nummer
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
Ohio State Law J.	Ohio State Law Journal
OLG	Oberlandesgericht
OVG	das oberste Volksgericht der Volksrepublik China
QHFX	Tsinghua Law Review (清华法学)
Rev. Ind. Organ.	Review of Industrial Organization
RL	Richtlinie
Rs.	Rechtssache

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Rspr.	Rechtsprechung
Rn.	Randnummer
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RMSF·Application	People's Judicature·Application (人民司法·应用)
S.	Satz, Seite, Siehe
Seattle Univ. Law Rev.	Seattle University law Review
Sec.	Section
Seton Hall Law Rev.	Seton Hall Law Review
SEP	Standardessenzielle Patent
sog.	sogenannte(r/s)
Stanford Law Rev.	Stanford Law Review
TSYZM	Exploration and Free Views (探索与争鸣)
u. a.	unter anderem(n)
UKlaG	Unterlassungsklagengesetz
Univ. Chicago Law Rev.	the University of Chicago Law Review
Univ. San Fr. Law Rev.	the University of San Francisco Law Review
Utah L. Rev.	Utah Law Review
UrhG	Urhebergesetz
usw.	und so weiter
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VR China	Volksrepublik China
vs.	versus
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E BGH	Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungen des Bundesgerichtshofs
WuW/E DE-R	Wirtschaft und Wettbewerb, Deutsche Rechtsprechung
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
XDFX	Modern Law Science (现代法学)
z.B.	zum Beispiel
ZChinR	Zeitschrift für Chinesisches Recht
ZEW	Leibniz-Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung
ZFLC	Journal of Political Science and Law (政法论丛)

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ZGB	Zivilgesetzesbuch der Volksrepublik China
ZGFZGC	China Develpoment Observation (中国发展观察)
ZGSHKX	Social Sciences in China (中国社会科学)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht
ZWFX	Peking University Law Journal (中外法学)
ZZXK	Academic Journal of Zhongzhou (中州学刊)

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY - https://www.nomos-elibrary.de/agb

Einleitung

Es ist heutzutage weithin anerkannt, dass sowohl die behördliche als auch die private Durchsetzung gemeinsam das System der Wettbewerbsrechtsdurchsetzung bilden. Das moderne Kartellrecht ist bis hinein in die zivilrechtlichen Sanktionen von Internationalisierung geprägt. Auch außerhalb der USA – dem Ursprungsland von kartellrechtlichen Schadensersatzklagen – spielt die private Kartellrechtsdurchsetzung eine zunehmende Rolle. Im Zuge der institutionellen Modernisierung des EU-Wettbewerbsrechts strebt die EU-Kommission seit dem Jahr 2001 eine Verbesserung der privaten Durchsetzung vor den nationalen Gerichten in den Mitgliedstaaten an. Vorläufiger Höhepunkt dieser Entwicklung ist der Erlass der Richtlinie 2014/104/EU über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union (im Folgenden: RL 2014/104/EU oder EU-Schadensersatzrichtlinie) im Jahr 2014. Diese hat zu einer weiteren Verstärkung der privaten Durchsetzung innerhalb der Europäischen Union geführt. Kartellgesetzliche Anspruchsgrundlagen auf Schadensersatz und Unterlassung waren bereits in der ersten Fassung des GWB vorgesehen. Im Zuge der 9. GWB-Novelle zur Umsetzung der EU-Schadensersatzrichtlinie wurden die Regelungen zum Kartellschadensersatz in vielerlei Hinsicht erweitert und zahlreiche Spezialregelungen für Kartellschadensersatzprozesse eingeführt. Damit ist die private Kartellrechtsdurchsetzung in Deutschland in eine neue Entwicklungsphase eingetreten.

Im Vergleich zur EU, in der seit langem eine Tradition der freien Marktwirtschaft und des Wettbewerbsrechts besteht, ist das chinesische Antimonopolgesetz (im Folgenden: AMG), das erst im Jahr 2008 in Kraft trat, noch sehr jung. Während die EU und Deutschland sich bemüht haben, die private Durchsetzung zu verstärken und zugleich eine starke behördlichen Durchsetzung sicherzustellen, stellt sich in China die drängende Frage, wie eine effektivere Durchsetzung des Wettbewerbsrechts erreicht werden kann. Das chinesische materielle Wettbewerbsrecht ist zwar stark vom europäischen und deutschen Wettbewerbsrecht geprägt und umfasst viele Konzepte ausländischer Rechtsordnungen. Es wurden aber auch Änderun-

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gen in der Gesetzgebung vorgenommen, um das AMG an die einzigartige Wirtschaftsinstitution und die Rechtstradition in China anzupassen. Das AMG enthält daher eigene wettbewerbsrechtliche Konzeptionen, die im Kontext der sozialistischen Marktwirtschaft zu sehen sind. Ähnlich wie die EU und Deutschland hat sich China bei der Entwicklung und Durchsetzung des Wettbewerbsrechts stark auf die Vollzugsbehörden gestützt. Leider ist die Intensität und Effektivität der behördlichen Durchsetzung für den großen chinesischen Markt nicht ausreichend. Die private Durchsetzung des Antimonopolrechts wurde in China durch § 50 AMG a.F. (jetzt § 60 AMG)[1] eröffnet, der zivilrechtliche Folgen von Kartellverstößen normiert. Bereits am Tag nach dem Inkrafttreten des AMG wurde die erste Schadensersatzklage vor einem Volksgericht eingereicht. Die Anwendung des § 50 AMG a.F., der als einzige gesetzliche Vorschrift des AMG die private Rechtsdurchsetzung regelt, erwies sich in den ersten Jahren keineswegs als fruchtbar oder erfolgreich. Im Jahr 2012 hat das Oberste Volksgericht eine juristische Auslegungsrichtlinie zu kartellzivilrechtlichen Klagen – Bestimmungen zu einigen Fragen der Rechtsanwendung in Verhandlungen wegen zivilrechtlicher Streitigkeiten aufgrund monopolisierender Verhaltensweisen (im Folgenden: OVG-AMG-Bestimmungen)[2] – veröffentlicht, um die zivilrechtliche Haftung in § 50 AMG a.F. zu konkretisieren und die damals in der Gerichtspraxis aufgetretenen Unklarheiten auszuräumen. Hierdurch wurden einige Schwierigkeiten der Geltendmachung der Ansprüche durch die Geschädigten gemildert, ohne jedoch die grundlegenden Hindernisse für eine wirksame private Rechtsdurchsetzung zu beseitigen. Zwischenzeitlich erlebte die kartellzivilrechtliche Klage zwar einen kurzen Aufschwung erlebt, die Entwicklung der privaten Rechtsdurchsetzung ist jedoch insgesamt zu langsam verlaufen und hat sich als nicht effektiv genug erwiesen.

1 Der Beschluss zur Änderung des Antimonopolgesetzes wurde auf der 35. Sitzung des Ständigen Ausschusses des 13. Nationalen Volkskongresses am 24. Juni 2022 verabschiedet. Das neue Antimonopolgesetz trat am 1. August 2022 in Kraft. § 50 wird zum neuen § 60, wobei ein zweiter Absatz über die zivilrechtliche Klage im öffentlichen Interesse durch die chinesischen Volksstaatsanwaltschaften eingefügt wurde. Dieses Instrument ist nicht Gegenstand dieser Arbeit. Zum Untersuchungsgegenstand der vorliegenden Arbeit siehe gleich unten S. 24–25. Die erste Änderung des Antimonopolgesetzes wird unten in § 1 A.IV.1. näher vorgestellt.

2 Zum Zeitpunkt der letzten Überarbeitung dieser Arbeit war die Revision der OVG-AMG-Bestimmungen noch im Gange. Die neue juristische Auslegungsrichtlinie wird voraussichtlich im Jahr 2023 bekannt gegeben.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

I. Forschungsthemen

Im Mittelpunkt der gegenwärtigen Diskussion um die privaten Rechtsdurchsetzung stehen oftmals die kartellrechtlichen Schadensersatzklagen. Unter „privater Durchsetzung" wird hier das zivilrechtliche Sanktionssystem zur Sicherstellung der Einhaltung des Wettbewerbsrechts verstanden.[3] Zu der Erscheinungsformen gehören neben der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen auch die Berufung auf die Nichtigkeit wettbewerbsbeschränkender Rechtsgeschäfte sowie die Geltendmachung von Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen.

Ausgangspunkt ist die These, dass die private Rechtsdurchsetzung neben der öffentlichen Rechtsdurchsetzung ein unentbehrlicher Bestandteil eines wirksamen Durchsetzungssystems des Wettbewerbsrechts ist. Für die volle Entfaltung der privaten Rechtsdurchsetzung ist zunächst die Prämisse aufzustellen, gemäß welcher die private Rechtsdurchsetzung sowohl einen kompensatorischen als auch abschreckenden Zweck verfolgt. Diese Prämisse wird im Rahmen der Kontextanalyse der materiellen und prozessualen Rechtslage der privaten Rechtsdurchsetzung in der EU, Deutschland und China sowie deren Rechtsanwendung untersucht und schließlich verifiziert.

Die Arbeit geht dabei den folgenden Fragen nach: (1) Wie wird das Wettbewerbsrecht mittels zivilrechtlicher Klagen durchgesetzt und wie haben Gesetzgebung und Rechtsprechung den Status quo der privaten Kartellrechtsdurchsetzung in der EU, Deutschland und China geprägt? (2) In welchen Konstellationen finden die unterschiedlichen Rechtsinstitute praktische Anwendung und welche Grenzen bestehen? (3) Welche Probleme und Hindernisse bestehen trotz der bisherigen Förderungsmaßnahmen für eine wirksamere Rechtsdurchsetzung?

Das Ziel der vorliegenden Arbeit besteht darin, einen gemeinsamen Ansatz zu entwickeln, um die private Kartellrechtsdurchsetzung mithilfe sämtlicher möglicher Instrumente wirksamer zu gestalten. Eine rechtsvergleichende Untersuchung soll zudem helfen, bestehenden Hindernisse für eine effektive Durchsetzung des chinesischen Wettbewerbsrechts zu identifizieren. Abschließend werden konstruktive Vorschläge unterbreitet, die auf die Situation in China zugeschnitten sind.

---

3 Vgl. *Roth*, in: FS Huber (2006), S. 1133; *Hempel*, Privater Rechtsschutz, S. 12. Zu dem Begriff der privaten Kartellrechtsdurchsetzung siehe weiter unten § 1 B.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Begrenzung des Untersuchungsgegenstands

Die gesetzlichen Vorgaben bezüglich der privaten Durchsetzung des europäischen und deutschen Kartellrechts bilden die Basis dieser vergleichenden Untersuchung. Die Erfahrungen und Ansätze in den USA sind zwar nicht Untersuchungsgegenstand der vorliegenden Arbeit, werden aber nicht gänzlich vernachlässigt.[4] Die Lösungsansätze hinsichtlich Schadensersatzklagen im US-amerikanischen Antitrustrecht werden dort herangezogen, wo sie für Einzelfragen wie Schadensumfang und Schadensermittlung von besonderem Interesse sind. Die uneinheitliche Entwicklung der privaten Durchsetzung in den europäischen Mitgliedstaaten und die Harmonisierung durch die EU-Schadensersatzrichtlinie werden in dieser Arbeit nicht erörtert.

Ausgehend von der Zielsetzung der vorliegenden Untersuchung ist es nicht erforderlich, sämtliche materiell- und verfahrensrechtlichen Regelungen mit Bezug zur Geltendmachung kartellzivilrechtlicher Ansprüche in den jeweiligen Rechtsordnungen einzeln darzustellen und zu vergleichen. Die Arbeit ist auch nicht darauf ausgerichtet, einzelne Regelungen aus dem EU- oder deutschen Recht in das chinesische Recht zu übertragen.

Im Mittelpunkt stehen das Kartellverbot und der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Das Missbrauchsverbot von Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht gemäß § 20 GWB ist eine Sonderregelung in Deutschland, die es in China nicht gibt.[5] Die Geltendmachung der zivilrechtlichen Ansprüche aufgrund eines Verstoßes gegen § 20 GWB wird bei der Untersuchung der Ansprüche wegen eines Verstoßes gegen das Missbrauchsverbot der marktbeherrschenden Stellung mit einbezogen, aber nicht im Einzelnen rechtsvergleichend behandelt.

Im Feld der privaten Durchsetzung des Kartellrechts lässt sich der Bezug zur Privatrechtsdogmatik in den jeweiligen Rechtsordnungen nicht vernachlässigen. Auch wenn chinesische Privatrecht viele Ähnlichkeiten mit dem deutschen Privatrecht aufweist, sind einige Regelungen, die die kartellzivilrechtlichen Ansprüche flankieren, so unterschiedlich, dass sie

4 Zur Begründung für die vergleichende Untersuchung der vorliegenden Arbeit siehe unten § 1 A. V.

5 Das AMG sieht keine entsprechende Regelung gegenüber Unternehmen mit relativer Marktmacht vor. Eine solche Regelung wurde jedoch bei der letzten Gesetzesnovelle des chinesischen Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb heiß diskutiert, und es ist weiterhin umstritten, ob das missbräuchliche Verhalten von Unternehmen mit relativer Marktmacht der Regulierung unterliegen soll.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sich für die vorliegende Untersuchung nicht geeignet sind. Ausgeklammert bleiben die Themen der gesamtschuldnerische Haftung bei kartellrechtlichem Schadensersatz, der Vorteilsabschöpfung, der Verjährung sowie die prozessualen Fragen, die sich nicht aus dem Kartellrecht, sondern aus dem allgemeinen Zivilprozessrecht in Deutschland und China ergeben, da sie für die Zwecke dieser Arbeit nicht relevant sind. Eine Sammelklage für kartellzivilrechtliche Schadensersatzansprüche ist weder im deutschen noch im chinesischen Recht vorgesehen. Ihre Einführung wäre zwar für die private Rechtsdurchsetzung von großer Bedeutung, ist aber stark an das nationale Prozesssystem gebunden.[6] Daher ist diese Thematik als Untersuchungsgegenstand ungeeignet und wird nicht weiter verfolgt.

3. Gang der Arbeit

Die vorliegende Arbeit ist in sieben Kapitel gegliedert.

Die ersten zwei Kapitel klären zwei grundlegende Fragen im Vorfeld: erstens, warum die private Kartellrechtsdurchsetzung etabliert und gestärkt werden soll, und zweitens, worin ihre Ziele liegen. Darauf folgen die Kapitel §§ 3 bis 5, die sich mit den materiell-rechtlichen Fragen bezüglich der drei Rechtsinstitute der privaten Durchsetzung befassen, nämlich der Nichtigkeit wettbewerbsbeschränkender Rechtsgeschäfte, dem Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch sowie dem Schadensersatzanspruch. In diesen Kapiteln wird ein eingehender Rechtsvergleich im Hinblick auf die Rechtslage und die Praxisanwendung für das jeweilige Rechtsinstitut und der begleitenden Maßnahmen erarbeitet. Auch wenn die Schadensersatzklagen heutzutage im Mittelpunkt der Stärkung der privaten Durchsetzung stehen, ist die Geltendmachung von Nichtigkeit sowie der Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche unverzichtbar. In §§ 3 und 4 widmen sich daher schwerpunktmäßig den Anwendungsbereichen und der Bedeutung dieser beiden Durchsetzungsformen. § 5 befasst sich mit den zentralen Fragen der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen wegen Zuwiderhandlungen gegen das Wettbewerbsrecht, nämlich wer anspruchsberechtigt ist, in welchem Umfang der erlittene Schaden zu ersetzen ist und wie der

6 Einige befürworten die Förderung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung in China durch die Einführung und Stärkung von Klagen im öffentlichen Interesse sowie die Etablierung von Sammelklagen nach dem Vorbild der USA. Siehe *Chen, Yunliang*, XDFX 5 (2018), 130ff; *Feng, Bo/ Yang, Tong*, ZZXK 6 (2018), 58ff; *Fei, Lanfang/Ma, Chunkai*, JZZCYJ 5 (2022), 59, 63ff.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Schaden zu ermitteln ist. Nach der Untersuchung des materiellen Rechts geht § 6 auf die Fragen des Beweisrechts ein. Das deutsche und das chinesische Recht sind insoweit nur bedingt vergleichbar. Daher konzentriert sich dieses Kapitel auf die ausgewählten Hauptproblemfelder, nämlich die Beweislast, den Zugang zu Beweismitteln und die Bindungswirkung von Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden thematisiert. Schließlich werden in § 7 auf der Grundlage der Untersuchungsergebnisse differenzierte Ansätze – je nach der Art des wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens – für die Weiterentwicklung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung im Allgemeinen beleuchtet. Anschließend werden in diesem Kapitel auch konstruktive Vorschläge insbesondere für die Ausgestaltung der privaten Durchsetzung des AMG in China unterbreitet.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

§ 1 Grundlagen

Das Wettbewerbsrecht ist eng mit Wirtschaft und Politik verbunden und hat eine vergleichsweise kurze Geschichte, die leicht zurückzuverfolgen ist. Trotz der Tatsache, dass die private Durchsetzung des Wettbewerbsrechts heutzutage weltweit *Fait accompli* ist, ist es für die folgende Untersuchung notwendig, einen Blick auf die Entwicklungsgeschichte zu werfen und die wirtschaftstheoretischen Überlegungen nachzuvollziehen, warum überhaupt die private Durchsetzung etabliert und gefördert werden sollte. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Rechtsgebiete, die Gegenstand der vorliegenden rechtsvergleichenden Arbeit sind und in denen eine die behördliche Rechtsdurchsetzung eine lange Tradition hat.

Obwohl das Antitrustrecht der USA außerhalb des Untersuchungsgegenstandes der vorliegenden Arbeit liegt, ist es sinnvoll, die Entstehung der privaten Durchsetzung in ihrem Ursprungsland kurz darzustellen, um einerseits die Merkmale der privaten Durchsetzung besser verstehen zu können und andererseits die wesentlichen Unterschiede zwischen den Rechtsinstituten der USA und den zu untersuchenden Rechtsordnungen zu verdeutlichen. Dem Rechtsvergleich liegen die Besonderheiten und Merkmale der privaten Durchsetzung in den jeweiligen Rechtsordnungen und deren Gemeinsamkeiten zugrunde.

Zunächst wird ein Überblick über die Entwicklung des Rechtsrahmens und der Gerichtspraxis zur privaten Durchsetzung in der Europäischen Union, Deutschland und China gegeben. Darauf aufbauend wird der Begriff der privaten Kartellrechtsdurchsetzung näher beleuchtet.

A. Die Entwicklung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung

I. USA

1. Rechtslage

Eine Norm, die den von rechtswidrigen wettbewerbsbeschränkenden Verhalten Betroffenen einen Schadensersatzanspruch gewährt, wurde erstmals

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1890 im US-Recht, namentlich im Sherman Act normiert.[7] Schadensersatzklagen wurden seitdem als das Kerninstrument der Durchsetzung des Antitrustrechts in den USA etabliert. Im Jahr 1914 wurde der Ersatz des dreifachen Schadens für Wettbewerbsbeschränkungen durch Sec. 4 (a) Clayton Act eingeführt und ist seitdem unverändert geblieben. Der Clayton Act hat die Grundregeln für private Klagen aufgrund eines Verstoßes gegen das Antitrustrecht festgelegt. Die Haftung für Schadensersatz setzt danach einen Verstoß gegen das Antitrustrecht voraus, der sich aus einem Verstoß gegen das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und abgestimmter Verhaltensweisen (Sec. 1 Sherman Act), das Verbot der marktbeherrschenden Stellung (Sec. 2 Sherman Act), das Preisdiskriminierungsverbot (Sec. 2 Clayton Act und Robinson-Patman Act), das Verbot der Ausschließlichkeits- und Kopplungsbindungen (Sec. 3 Clayton Act) oder die Regeln der Fusionskontrolle (Sec. 7 Clayton Act) ergeben kann. Die private Durchsetzung umfasst somit alle Bereiche des Antitrustrechts. Neben dem dreifachen Schadensersatz kann der Kläger Ersatz der Gerichtskosten und eines angemessenen Anwaltshonorars verlangen (Sec. 5 Clayton Act). Außerdem kann der Betroffene auf Unterlassung des wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens (*injunctive relief*) nach Sec. 16 Clayton Act klagen. Im europäischen Wettbewerbsrecht sind die nach Art. 101 Abs. 1 AEUV verbotenen Vereinbarungen oder Beschlüsse gemäß Art. 101 Abs. 2 AEUV nichtig. In den USA führt der Verstoß gegen den Sherman Act hingegen nicht automatisch zur Unwirksamkeit der Verträge.[8] Das erste wesentliche Merkmal der privaten Durchsetzung des US-Antitrustrechts ergibt sich daraus, dass die Schadensersatzklagen stets im Mittelpunkt stehen.

Des Weiteren enthält das US-amerikanische Prozessecht etliche Regeln, die das Verfahren für den Kläger allgemein erleichtern können. In Bezug auf Follow-on-Schadensersatzklagen bzw. Unterlassungsklagen ist es für den Kläger nach Sec. 5 (a) Clayton Act möglich, die Urteile und Verfügungen der Gerichte und der Federal Trade Commission (FTC) als prima-facie Beweise zu verwenden. Die *class action*, insbesondere das Opt-out-Modell, ist eine der meist verwendeten Klageformen für kartellrechtliche Streitigkeiten. Die *class action* ermöglicht zahlreichen Verbrauchern, die jeweils

7 Sec. 7 a.F. Sherman Act vom 2.7.1980. Die Regelung des dreifachen Schadensersatzes wurde dann durch Sec. 4 Clayton Act ersetzt. Mehr zur Geschichte des dreifachen Schadensersatzes siehe *Elzinga/Breit*, Antitrust Penalties, S. 63ff.

8 Näheres dazu siehe *C. Jones*, in: European competition law annual 2001 (2003), S. 95, 101f.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nur geringfügigen Schaden erlitten haben, Schadensersatz von den Kartellunternehmen zu verlangen. Darüber hinaus gestatten die Prozessregeln in Bezug auf *pre-trial discovery* eine weitreichende Sachverhaltsermittlung im Vorverfahren, die es dem Kläger ermöglicht, möglichst viele relevante Beweismittel zu sammeln. Dies kann zugleich zu sehr hohen Kosten führen, indem etwa Anwaltskosten steigen, was sich für den Kläger jedoch nicht als unüberwindbares Hindernis darstellt. Denn zum einen werden dem erfolgreichen Kläger, wie oben erwähnt, angemessene Anwaltskosten erstattet. Zum anderen akzeptieren Anwälte für Antitrust-Klagen, zumindest für Klagen in Form von *class actions*, eine Vergütung auf Erfolgshonorarbasis (*contingency fee*).[9]

2. Praxisentwicklung

a. Statistische Perspektive

Die Entwicklungsphasen privater Antitrust-Klagen können anhand der statistischen Untersuchungen anschaulich abgelesen werden. In den ersten 50 Jahren seit der Verabschiedung des Sherman Acts wurden 175 private Klagen vor Gericht eingereicht, von denen lediglich 13 Fällen zugunsten der Kläger entschieden wurden.[10] Der durch die Einführung des dreifachen Schadensersatzes erstrebte Klageanreiz führte nicht unmittelbar zu einer beträchtlichen Flut privater Klagen gegen wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen. Erst ab den 1940er Jahren kam Schwung in die private Durchsetzung. Gegenüber der Klageanzahl in den ersten 50 Jahren wurden von 1941 bis 1985 insgesamt 29 588 private Klagen erhoben.[11] In der Zeit zwischen den 1960er und den 1970er Jahren zeigte sich ein rascher Anstieg der Zahl privater Antitrust-Klagen. Im Jahr 1977 erreichte die Klageanzahl

9 Die *contingency fee* wurde früher häufig für Antitrust-Klagen angewendet. Dies ist jedoch mit Ausnahme der *class action* nicht mehr üblich. Siehe *C. Jones*, in: European competition law annual 2001 (2003), S. 95, 101, Fn. 36.

10 Vgl. zu den statistischen Daten: „The Report of the Attorney General's National Committee to Study the Antitrust Laws" (Washington, DC, 1955), S. 378, zitiert in: *C. Jones*, Private enforcement in the EU, UK and USA, S. 79 und die Erklärung dazu in den entsprechenden Fußnoten.

11 *C. Jones*, Private enforcement in the EU, UK and USA, S. 79 und die Erklärung zur Datenquelle in der entsprechenden Fußnote. Die statistischen Daten stammen aus „Annual Report of the Director for the years 1941–1985" von Administrative Office of the United States Courts (Washington, DC).

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

mit über 1 600 ihren Höhepunkt. Von 1970 bis 1985 zeigte sich zwar ein Rückgang, aber die jährliche Klageanzahl betrug stets über 1 000, während diese ab dem Jahr 1985 auf unter 1 000 fiel.[12] Die Anzahl der Antitrust-Zivilklagen, die durch Private erhoben wurden, stellte lange die Mehrheit (über 90 %) der Gesamtanzahl an Antitrust-Klagen dar.[13]

Des Weiteren kann aus der statistischen Analyse entnommen werden, dass die *class action* eine wesentliche Rolle spielte. Nach einer Untersuchung über die private Durchsetzung, in der 60 der größten erfolgreichen Fälle in den USA seit 1990 (bis 2013) analysiert wurden, waren 49 von 60 Fälle in Form von *class action* geführt worden[14]. Den Opfern wurde Schadensersatz von insgesamt $ 33,8–$ 35,8 Milliarden zugesprochen.[15] Davon betrug der Schadensersatz, der durch *class action*s erstritten wurde, insgesamt $ 19,4–$ 21 Milliarden, mithin mehr als die Hälfte des Gesamtschadensersatzes.[16] Dabei hat die *class action* einen wichtigen Beitrag sowohl zu einer erhöhten Abschreckungswirkung für rechtswidrige Kartellabsprachen als auch zu der Opferkompensation geleistet.[17]

b. Wettbewerbspolitische und gerichtliche Perspektive

Der Grund für den Anstieg der Antitrust-Klagen ab den 1940er Jahren liegt teilweise an einem Wandel der Wettbewerbspolitik. Zwischen den vierziger und sechziger Jahren fand eine Entwicklung der Wettbewerbspolitik

12 Nur in den Jahren 2007 und 2008 betrug die jeweilige jährliche Klageanzahl über 1000. Die jährlichen Daten stammen aus Judicial Business of the United States Courts, Annual Report of the Director, Table C-2A, abrufbar unter https://www.uscourts.gov/statistics-reports/analysis-reports/judicial-business-united-states-courts. Alle Webfundstellen wurden zuletzt abgerufen am 30.10.2022.

13 *Hovenkamp*, The antitrust enterprise, S. 58; Statistische Darstellung bis 2008 siehe *Godek,* Does the Tail Wag the Dog? Sixty Years of Government and Private Antitrust in the Federal Courts, Antitrust Source v. 12.2009, S. 2–3, abrufbar unter http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/Dec09_FullSource.authcheckdam.pdf [https://perma.cc/TAY9-E8JS].

14 Hierbei handelt es sich um abgeschlossene Fälle, in denen den Opfern mehr als 50 Millionen US-Dollar zugesprochen wurden. Siehe *Davis/Lande*, 36 Seattle Univ. Law Rev. 1269 (2013), 1272; *Lande*, 30 Antitrust 81 (2016).

15 *Davis/Lande*, 36 Seattle Univ. Law Rev. 1269 (2013), 1272.

16 *Lande*, 30 Antitrust 81 (2016). Die Summen ergeben sich aus der Zusammenrechnung von Daten aus zwei früheren Untersuchungen: *Lande/Davis*, 41 Univ. San Fr. Law Rev. 879 (2008), 902; *Davis/Lande*, 36 Seattle Univ. Law Rev. 1269 (2013), 1287.

17 *Lande*, 30 Antitrust 81 (2016), 82f.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zugunsten einer verstärkten Intervention statt,[18] wobei das Antitrustrecht ein wesentliches Instrument der nationalen Wirtschaftspolitik darstellte. Dahinter stand die Skepsis über die Fähigkeit der Unternehmen und der Märkte zur Erzielung des wirtschaftlichen Erfolgs und das Misstrauen gegenüber Großunternehmen und zunehmend konzentrierten Märkten.[19] Außerdem kann der Anstieg der privaten Klagen bis ins Jahr 1970 wesentlich auf die Rechtsanwendung durch den *Warren Court* (1953–1969) sowie die schrittweise erfolgte verfahrensrechtliche Beweiserleichterung für den durch wettbewerbswidriges Verhalten verursachten Schaden zurückgeführt werden.[20] Mit dem Urteil *Bigelow*[21] (1946) wurden die Beweisanforderungen an die Höhe des durch einen Kartellrechtsverstoß verursachten Schadens deutlich gesenkt.[22] Die Beweisführung für das Vorliegen wettbewerbswidrigen Verhaltens wurde zugunsten der Geschädigten gehandhabt.[23] Außerdem verwarf er einige Doktrinen, die für private Schadensersatzklagen erhebliche Hindernisse darstellten.[24] In den sechziger Jahren haben eine

18 *A. Jones*, in: Harmonising EU competition litigation (2016), S. 15, 20.

19 *A. Jones*, in: Harmonising EU competition litigation (2016), S. 15, 20; *Levi*, 14 Univ. Chicago Law Rev. 153 (1947), 153ff.

20 *Sullivan*, 14 Seton Hall Law Rev. 17 (1983), 20.

21 *Bigelow v. RKO Radio Pictures, Inc*., 327 U.S. 251, 264 (1946): „In each case we held that the evidence sustained verdicts for the plaintiffs, and that in the absence of more precise proof, the jury could conclude as a matter of just and reasonable inference from the proof of defendants' wrongful acts and their tendency to injure plaintiffs' business, and from the evidence of the decline in prices, profits and values, not shown to be attributable to other causes, that defendants' wrongful acts had caused damage to the plaintiffs." Der Supreme Court differenziert zwischen den Beweisanforderungen für den kausalen Schaden und für die Schadenshöhe. Erstere ist strenger als letztere. Solange die Beweisanforderung für den kausalen Schaden erfüllt ist, sollte dem Kläger der Schadensersatz nicht versagt werden, auch wenn die Höhe des Schadens nicht genau bemessen werden kann. Der Supreme Court nahm eine alternative Methode zur Feststellung entgangener Gewinne an, die die Beweislast des Geschädigten erheblich erleichtern kann.

22 *Posner* weist darauf hin, dass das Urteil *Bigelow* den privaten Antitrust-Klagen in den 1940er Jahren einen wichtigen Auftrieb gegeben habe. S. *Posner*, 13 J. Law Econ. 365 (1970), 373f.

23 Vgl. *Posner*, 47 Antitrust Law J. 819 (1978), 820; *Sullivan*, 14 Seton Hall Law Rev. 17 (1983), 20.

24 Um einige bedeutende Beispiele zu nennen: Ausschluss des *passing on defense* (*Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp*., 392 U.S. 481 (1968)), Einschränkung der *in pari delico defense* (*Perma Life Mufflers, Inc. v. International Parts Corp*., 392 U.S. 135 (1968)) und Verzicht auf die *public injury* als Voraussetzung der Klageerhebung (*Klor's, Inc. v. Broadway-Hale Stores, Inc*., 359 U.S. 207 (1959)). Mehr dazu s. *Sullivan*, 14 Seton Hall Law Rev. 17 (1983), 20f.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Reihe von Entscheidungen[25] die prozessualen Regelungen zugunsten der Geschädigten festgelegt und weiterentwickelt.

Darauffolgend fand ein Wandel der Rechtsprechung in der Zeit des *Burger Court* (1969–1986) statt, die nicht mehr als sehr klägerfreundlich bezeichnet werden kann. Von besonderem Interesse für private Klagen waren der Ausschluss der Anwendung von per-se-Verboten auf bestimmte vertikale Vereinbarungen[26] und erhöhte Beweisanforderungen für das Kopplungsgeschäft[27]. Eine weitere bedeutende Veränderung in der Rechtsprechung ergab sich aus *Illinois Brick Co. v. Illinois*, demzufolge die Anspruchsberechtigung für Schadensersatzklagen auf die unmittelbaren Abnehmer beschränkt wurde.[28] Hinsichtlich des ersatzfähigen Schadens hat das Gericht auch Einschränkungen nach der *Antitrust Injury* Doktrin auferlegt.[29] In den späten 1970er und den 1980er Jahren war die Wettbewerbspolitik aufgrund des Einflusses der *Harvard School* und der *Chicago School* weniger interventionistisch geworden.[30] Demnach soll das Wettbewerbsrecht den Wettbewerb und nicht allein die Wettbewerber schützen, um die wirtschaftliche Effizienz und die Konsumentenwohlfahrt zu fördern.[31] Diese beiden Lehren haben lange beträchtlichen Einfluss auf die gerichtliche Praxis gehabt, indem sie die verfahrensrechtlichen, beweisrechtlichen und materiellen Regeln für Schadensersatzklagen umgestaltet haben.[32] Dies führte dazu, dass nach dem Höchststand im Jahr 1977 die Anzahl der Fälle insgesamt zurückgegangen ist.

25 Zusätzlich zu den oben genannten Urteilen sind weitere Urteile: *Leh v. General Petroleum Corp*., 382 U.S. 54 (1965); *Radio Corp v Hazeltine Research,* 395 U.S. 100 (1969). Vgl. *Posner*, 13 J. Law Econ. 365 (1970), 374; *Sullivan*, 14 Seton Hall Law Rev. 17 (1983), 21.

26 *Continental T.V. Inc. vs. GTE Sylvania Inc*., 443 U.S. 36 (1977).

27 *United States Steel Corp. vs. Fortner Enters Inc*., 492 U.S. 610 (1977).

28 *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977).

29 Nach der *Antitrust Injury* Doktrin kann der Kläger nur für den wirtschaftlichen Schaden kompensiert werden, den der Clayton Act zu verhindern sucht und der unmittelbar aus einer Einschränkung des Wettbewerbs aufgrund des rechtswidrigen Verhaltens resultiert. siehe Rspr. *Brunswick Corp v Pueblo Bowl-O-Mat, Inc*., 429 U.S. 477, 489 (1977); *Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc*., 479 U.S. 104, 109 (1986); *Ad. Richfield Co. v. USA Petroleum Co*., 495 U.S. 328, 334 (1990). Näheres dazu bei *Page*, 47 Univ. Chicago Law Rev. 467 (1980), 467ff.

30 Eingehend *Hovenkamp*, 94 Notre Dame Law Rev. 583 (2019), 598f.

31 Urteile bspw. *Leegin Creative Leather Pros., Inc. v. PSKS, Inc*., 551 U.S. 877, 906 (2007); *Atl. Richfield Co. v. USA Petroleum Co*., 495 U.S. 328, 338 (1990); Vgl. *Hovenkamp*, 94 Notre Dame Law Rev. 583 (2019), 598f.

32 Eingehend *Hovenkamp*, 94 Notre Dame Law Rev. 583 (2019), 601–615.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

3. Zwischenfazit

Die erfolgreiche private Durchsetzung des US-amerikanischen Antitrustrechts, die sich mit der Zeit entwickelt hat, ist das Ergebnis des Zusammenwirkens verschiedener Merkmale. In der über 100-jährigen Rechtspraxis stand die Dreifachschadensersatzklage stets im Mittelpunkt der Rechtsdurchsetzung. Im US-Wettbewerbsrechtssystem zielt die private Antitrust-Klage mit dem Dreifachschadensersatz in erster Linie auf die präventive Abschreckung wettbewerbswidrigen Verhaltens ab. Die Verfahrensregeln der *pre-trial discovery* und der *class action* sind für die Aufrechterhaltung und Entwicklung der privaten Antitrust-Klagen unentbehrlich und leisten einen wichtigen Beitrag für die Verfolgung des Abschreckungszwecks sowie gleichzeitig für die Kompensation der Streuschäden.[33] Außerdem wird die Entwicklung der Antitrust-Privatklagen durch den sich wandelnden Kontext der Wettbewerbspolitik, der Führung des Supreme Court sowie der Weiterentwicklung der Theorien über Wettbewerb und Markt wesentlich beeinflusst.

II. EU-Ebene

Das europäische Wettbewerbsrecht wurde zu Beginn selten im Wege von Zivilklagen durchgesetzt. So zeigt die im Auftrag der EU-Kommission europaweit durchgeführte Ashurst-Studie (2004), dass lediglich zwölf Schadensersatzklagen aufgrund des europäischen Wettbewerbsrechts von privaten Personen vor 2001 erhoben wurden.[34] Inzwischen wird die private Durchsetzung jedoch als die effektive zweite Säule neben der behördlichen Durchsetzung angesehen. Dieser Wandel lässt sich aus der Entwicklung der Entscheidungspraxis des EuGH, der Umgestaltung des Durchsetzungssystems und der Gesetzgebung zu Schadensersatzklagen ableiten.

33 *C. Jones*, 16 Loyola Consum. Law Rev. 409 (2004), 411f.

34 *Waelbroeck/Slater/Even-Shoshan*, Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, 2004, S. 1 – im Folgenden als Ashurst-Studie zitiert.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

I. Von EuGH-Urteil *Courage* bis *Kone*

Gemäß Art. 101 Abs. 2 AEUV sind die nach Art. 101 AEUV verbotenen Vereinbarungen und Beschlüsse nichtig. Außer dieser Nichtigkeitsanordnung enthält das Europäische Wettbewerbsrecht im Primärrecht keine näheren Regelungen zu den zivilrechtlichen Folgen und den Zivilklagen wegen der Zuwiderhandlung gegen das Europäische Wettbewerbsrecht. Hinsichtlich der Wettbewerbsregeln hat der EuGH in der Rechtssache *BRT/SABAM* bereits im Jahr 1974 klargestellt, dass die in den Art. 85 Abs. 1 und Art. 86 EWGV (heute Art. 101 und 102 AEUV) enthaltenen Verbote ihrer Natur nach geeignet sind, für die Beziehung zwischen Einzelnen unmittelbare Wirkungen zu erzeugen, indem sie subjektive Rechte entstehen lassen, welche die Gerichte der Mitgliedstaaten zu wahren haben.[35] Die private Durchsetzung fand zunächst hauptsächlich unter Berufung auf die Nichtigkeit der verbotenen Vereinbarungen nach Art. 101 Abs. 2 AEUV (ehemaliger Art. 85 Abs. 2 EWGV) statt.[36] Erst mit dem wegweisenden EuGH-Urteil in der Rechtssache *Courage* aus dem Jahr 2001 wurde festgestellt, dass eine Zuwiderhandlung gegen Art. 101 AEUV Schadensersatzansprüche begründen kann.[37] Seitdem erkennt die Rechtsprechung die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen vor den nationalen Gerichten durch „jedermann" an.[38] Der EuGH hat auch darauf hingewiesen, dass private kartellbedingte Schadensersatzklagen für die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs unentbehrlich sind.[39]

Die nachfolgenden Entscheidungen des EuGHs haben eine Reihe wichtiger Fragen bezüglich kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche beantwortet. Die Entscheidung *Manfredi* aus dem Jahre 2006 hat den „jedermann"-Grundsatz des *Courage*-Urteils bestätigt und darauf hingewiesen, dass jeder vor Gericht den Schadensersatz aufgrund eines nach Art. 101 AEUV verbotenen Kartells oder Verhaltens geltend machen könne, wenn der Kausalzusammenhang zwischen dem Schaden und dem kartellrechtswidrigen Verhalten bestehe.[40] Darüber hinaus hat der EuGH den Schadensumfang präzisiert, der den eingetretenen Vermögensschaden, den entgangenen Ge-

35 EuGH v. 27.3.1974, C-127/73, ECLI:EU:C:1974:25, Rn. 15–17 – *BRT/SABAM*.
36 *Weyer*, in: FK, Zivilrechtsfolgen Art. 81 EG Rn. 33.
37 Vgl. EuGH v. 20.9.2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 19ff – *Courage*.
38 EuGH v. 20.9.2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 26 – *Courage*.
39 EuGH v. 20.9.2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 27 – *Courage*.
40 EuGH v. 13.7.2006, verb. Rs. C-295/04 bis C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461, Rn. 60f – *Manfredi*.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – CC BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

winn und die Zinsen erfasst, und die Möglichkeit eines Strafschadensersatzes angesprochen.[41] In den Jahren 2011 und 2013 hat der EuGH mit den Entscheidungen *Pfleiderer*[42] und *Donau Chemie*[43] die Frage bezüglich des Zugangs zu Dokumenten eines Kronzeugenverfahrens behandelt. Basierend auf den Entscheidungen *Courage* und *Manfredi* hat der EuGH mit der Entscheidung *Kone* aus dem Jahr 2014 den „jedermann"-Grundsatz auf Kunden von Kartellaußenseitern, die einen Schaden aufgrund von Preisschirmeffekte erlitten haben, ausgeweitet.[44]

2. Verstärkung der privaten Durchsetzung infolge des Systemwechsels

Die erste Durchsetzungsverordnung für die Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrags – Kartellverordnung (EWG) Nr. 17/62 (im Folgenden: VO 17/62) richtete eine zentralisierte behördliche Aufsicht ein, in der die europäische Kommission die zentrale Rolle im Durchsetzungssystem spielte und ausschließlich befugt war, die unter Art. 101 Abs. 1 AEUV (ehemaliger Art. 85 Abs. 1 EWGV) fallenden Vereinbarungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV (ehemaliger Art. 85 Abs. 3 EWGV) entweder einzeln auf Antrag oder aufgrund der von ihr erlassenen Gruppenfreistellungsverordnungen freizustellen (Art. 9 Abs. 1 VO 17/62). Die nationalen Behörden und Gerichten waren hingegen zur Einzelfallfreistellung nicht befugt. Das hatte zur Folge, dass das nationale Gericht, obwohl die unter Art. 101 Abs. 1 AEUV (ehemaliger Art. 85 Abs. 1 EWGV) fallende Vereinbarung verboten war, ohne dass es einer vorherigen Entscheidung bedurfte (Art. 1 VO 17/62), das Verfahren bei der Anwendung des Europäischen Wettbewerbsrecht solange aussetzen musste, bis eine Freistellungsvereinbarung gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV (ehemaliger Art. 85 Abs. 3 EWGV) durch die Europäische Kommission erlassen konnte.[45] Daher hatten die Privatpersonen weniger Anreiz, das Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV vor dem nationalen Gericht durchzusetzen, wenn die wichtige Frage hinsichtlich der Wirksamkeit des streitigen

41 EuGH v. 13.7.2006, verb. Rs. C-295/04 bis C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461, Rn. 95 – *Manfredi.*
42 EuGH v. 14.6.2011, C-360/09, ECLI:EU:2011:389 – *Pfleiderer.*
43 EuGH v. 6.6.2013, C-536/11, E-CLI:EU:C:2013:366 – *Donau Chemie.*
44 EuGH v. 5.6.2014, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317 – *Kone.*
45 EuGH v. 6.2.1973, 48/72, ECLI:EU:C:1973:11, Rn. 10–13. – *Brasserie de Haecht (II) vs. Wilkin u. Janssen*; EuGH v. 28.2.1991, C-234/89, ECLI:EU:C:1991:91, Rn. 50–52 – *Delimitis vs. Henninger Bräu.*

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Vertrages nicht rechtzeitig entschieden werden konnte.[46] Allerdings spielten die Privaten zu dieser Zeit eine wichtige Rolle als Beschwerdeführer bei Zuwiderhandlung gegen Art. 101 und 102 AEUV, wodurch zahlreiche behördliche Verfahren veranlasst wurden.

Die Verabschiedung der VO (EG) Nr. 1/2003 des Rates zur Durchführung der Artikeln 81 und 82 EG (heute Art. 101 und 102 AEUV) (im Folgenden: VO 1/2003) brachte wichtige Änderungen im Kartellverfahrensrecht mit sich, die einen Systemwechsel hin zu der Legalausnahme geschaffen haben. Durch Art. 1 Abs. 2 VO 1/2003 erhält Art. 101 Abs. 3 AEUV die gleiche unmittelbare Wirkung wie Art. 101 Abs. 1 und Art. 102 AEUV. Gemäß Art. 6 VO 1/2003 sind die einzelstaatlichen Gerichte für die vollständige Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV zuständig. Sie können somit die Voraussetzungen für die Vereinbarkeit der streitigen Vereinbarungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV prüfen und ex officio die Nichtigkeitsfolge anordnen.

Mit der Abschaffung des Systems der Administrativfreistellung ermöglicht das System der Legalausnahme vor allem ein effizientes zivilgerichtliches Verfahren in den Mitgliedstaaten für die Durchsetzung des Art. 101 AEUV. Der Erwägungsgrund (7) VO 1/2003 weist deutlich darauf hin, dass die einzelstaatlichen Gerichte eine wesentliche Rolle bei der Anwendung der Europäischen Wettbewerbsregeln spielen, indem sie die subjektiven Rechte von Privatpersonen aus dem Unionsrecht gewährleisten sollen. Mit der VO 1/2003 wird darauf abgezielt, ein dezentralisiertes Durchsetzungssystem unter stärkerer Mitwirkung der nationalen Gerichte sowie der nationalen Wettbewerbsbehörden zu etablieren.[47]

3. Vom Grünbuch bis zur EU-Schadensersatzrichtlinie

Die bejahende Einstellung der EuGH-Rechtsprechung zu privaten Schadensersatzklagen und die Modernisierung des europäischen Wettbewerbsrechts, die das Ziel einer Dezentralisierung der Rechtsanwendung verfolgte, gaben der Kommission den Impuls, die private Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts unter den Mitgliedstaaten zu fördern.[48] Angefangen mit dem Grünbuch zu Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts (im Folgenden: Grünbuch) im Jahr 2005 bemühte sich die EU-

46 Vgl. *Säcker/Jaecks*, in: MüKo EuWettbR, 2. Aufl., Art. 101 AEUV Rn. 590; *Montag/Rosenfeld*, ZWeR 2003, 107, 128f.
47 Erwägungsgründe 6 ff. und 34 der VO 1/2003.
48 Vgl. EU-Kommission, Grünbuch, S. 3f.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Kommission, die verschiedenen Faktoren, die eine unterentwickelte private Kartellrechtsdurchsetzung in den EU-Mitgliedstaaten verursachten, aufzudecken sowie entsprechende Optionen zur Lösung der bestehenden Probleme zu unterbreiten. Aus dem Grünbuch ergibt sich, dass die Europäische Kommission die private Durchsetzung als ein wichtiges Instrument zur „Schaffung und Erhaltung einer wettbewerbsfähigen Wirtschaft" ansieht.[49]

Auf den Ergebnissen des Grünbuchs aufbauend, beabsichtigte die EU-Kommission im Jahre 2008 mit dem Weißbuch zu Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts (im Folgenden: Weißbuch) konkrete Vorschläge zu unterbreiten, um die existierenden Hindernisse für eine wirksame Geltendmachung der Schadensersatzansprüche abzubauen und zugleich die starke behördliche Durchsetzung zu ergänzen.[50] Die EU-Kommission legte bei dem Entwurf der rechtlichen Vorgaben und Maßnahmen für eine Verstärkung der Schadensersatzklage viel Wert auf das Zusammenspiel zwischen der öffentlichen und privaten Durchsetzung.

Das mündete schließlich in dem Erlass der EU-Schadensersatzrichtlinie im Jahr 2014.[51] Weil sich die Regelungen der Mitgliedstaaten für Schadensersatzklagen wegen Verstößen gegen das EU-Wettbewerbsrecht deutlich voneinander unterschieden, wurde eine EU-weite Vorgabe der materiellen und prozessualen Voraussetzungen für Schadensersatzklagen durch die EU-Schadensersatzrichtlinie geschaffen. Zunächst legt die EU-Schadensersatzrichtlinie das Leitprinzip für Schadensersatzklagen fest, das jedermann das Recht auf vollständigen Ersatz von Schäden infolge von Zuwiderhandlungen gegen das Wettbewerbsrecht gewährleisten soll. Jedoch darf der vollständige Ersatz nicht zu Überkompensationen führen (Art. 3 Abs. 3 und Art. 12 Abs. 2). Im Einklang mit der EuGH-Rechtsprechung bestätigt die EU-Schadensersatzrichtlinie die Bestandteile des Schadensersatzes (Art. 3 Abs. 2) und die Klagebefugnis hinsichtlich mittelbarer Abnehmer (Art. 12). Des Weiteren sieht die Richtlinie eine Reihe von Beweisregeln vor: Art. 9 gewährleistet die Bindungswirkung der Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden, die eine Zuwiderhandlung gegen europäisches Wettbewerbsrecht festgestellt haben, für die nationalen Gerichte in Kartellschadensersatzverfahren; Art. 17 setzt die Regeln für Beweiserleichterungen bei der Schadens-

49 EU-Kommission, Grünbuch, S. 3.

50 EU-Kommission, Weißbuch, S. 3f.

51 Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.11.2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. EU L 349.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ermittlung fest. Die nationalen Gerichte können auf Antrag des Klägers (des Beklagten) unter bestimmten Bedingungen die Offenlegung von Beweismitteln durch den Beklagten (den Kläger) oder einen Dritten anordnen (Art. 5). Die Verjährungsfrist für die Erhebung der Schadensersatzklage muss mindestens fünf Jahre betragen. Sie beginnt nicht zu laufen, bevor die Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht beendet wurde und der Kläger nicht von bestimmten Umständen Kenntnis erlangt hat oder diese Kenntnis nicht vernünftigerweise erwartet werden kann (Art. 10).

III. Deutschland

Die private Durchsetzung des Kartellrechts ist dem deutschen Kartellrecht nicht fremd. Die Entscheidungspraxis zu Zivilklagen wegen Kartellrechtsverstößen begann bereits mit dem Inkrafttreten des GWB im Jahr 1958.[52] Im europäischen Vergleich stellte sich die private Kartellrechtsdurchsetzung in Deutschland seit jeher als relative aktiv dar. Bis zur 7. GWB-Novelle[53] blieben die Bestimmungen des GWB über die zivilrechtlichen Ansprüche weitgehend unverändert. Deshalb kann die rechtliche und gerichtliche Entwicklung durch die 7. GWB-Novelle grob in zwei Phasen geteilt werden.

1. Rechtliche und gerichtliche Entwicklung vor der 7. GWB-Novelle

Bereits seit dem Inkrafttreten des GWB wurde privater Rechtsschutz gesetzlich gewährt. Von Beginn an gab es die Möglichkeit für Marktteilnehmer, Schadensersatzansprüche gemäß dem § 823 Abs. 2 BGB nachgebildeten § 35 Abs. 1 GWB a.F. geltend zu machen.[54] Die Geschädigten, inklusive der Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen, konnten gemäß § 35

52 BGH v. 8.10.1958, BGHZ 28, 208–225 – *Vertikale Preisempfehlungen*; BGH v. 25.2.1959, BGHZ 29, 344–352 – *Sanifa*.

53 Siebtes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 7.7.2005, BGBl. I 2005, 1954.

54 § 35 Abs. 1 S. 1 GWB a.F.: „Wer vorsätzlich oder fahrlässig gegen eine Vorschrift dieses Gesetzes oder gegen eine auf Grund dieses Gesetztes von der Kartellbehörde oder dem Beschwerdegericht erlassene Verfügung verstößt, ist, sofern die Vorschrift oder die Verfügung den Schutz eines anderen bezweckt, diesem zu Ersatz des aus dem Verstoß entstandenen Schadens verpflichtet."

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Abs. 2 GWB a.F. einen Unterlassungsanspruch geltend machen.[55] In der Fassung der 6. GWB-Novelle[56] wurden die Schadensersatzpflicht und der Unterlassungsanspruch in § 33 Abs. 1 GWB a.F. vorgeschrieben, wogegen der Beseitigungsanspruch auf die analoge Anwendung des § 1004 BGB gestützt wurde[57]. Außerdem waren Rechtsgeschäfte, die gegen das Kartellverbot oder Missbrauchsverbot verstießen, nach § 134 BGB grundsätzlich nichtig.

In dieser Phase war die private Durchsetzung des Kartellrechts in der Entscheidungspraxis in vielen Bereichen etabliert. Der BGH hat im Urteil *Sanifa* deutlich darauf hingewiesen, dass die Geltendmachung der Ansprüche durch Privatinitiative dem Grundgedanken des Kartellgesetztes entspreche.[58] Seitdem haben die deutschen Gerichte reiche Erfahrung in Bezug auf privatrechtlich durchsetzbare Ansprüche gesammelt. Der Anspruch auf Aufnahme in einen Wirtschaftsverband, der vor Inkrafttreten des Kartellgesetzes durch das UWG in Verbindung mit §§ 823 Abs. 2 und 826 BGB schon anerkannt war, wurde durch das BGH-Urteil *Sanifa* aus dem Jahr 1959 bestätigt. Der Anspruch auf Belieferung im Falle einer gegen das Diskriminierungsverbot verstoßenden Lieferverweigerung wurde zum ersten Mal im Jahr 1967 im BGH-Urteil *Jägermeister II*[59] bejaht. Seitdem entwickelte sich diesbezüglich eine ausgeprägte Praxis.[60] Die Zulassung des kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwands im Patentverletzungsverfahren wurde durch den BGH im Urteil *Standard-Spundfass* bestätigt.[61] Die Abwehransprüche gegen den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung und gegen Diskriminierung durch marktstarke Unternehmen spielten auch eine wichtige Rolle.[62] Demgegenüber waren die Klagen gegen

55 § 35 Abs. 2 GWB a.F. sah das Klagerecht von Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen auf Unterlassungsanspruch vor. Dazu siehe BGH v. 8.10.1958, BGHZ 28, 208, 222 – *Vertikale Preisempfehlungen*.

56 Sechstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 26.8.1998, BGBl. I, 1998, 2521.

57 *Roth*, in: FS Huber (2006), S. 1133, 1137.

58 BGH v. 25.2.1959, BGHZ 29, 344, 349 – *Sanifa*.

59 BGH v. 9.11.1967, BGHZ 49, 90–99 – *Jägermeister II*.

60 *Kirchhoff*, WuW 2017, 487.

61 Der BGH hat festgestellt, dass ein kartellrechtlicher Anspruch auf Einräumung einer Patentlizenz nicht durch die Befugnis zur patentrechtlichen Zwangslizenz ausgeschlossen wird. BGH v. 13.7.2004, NJW-RR 2005, 269, 271 – *Standard-Spundfass*.

62 Vgl. *Kirchhoff*, WuW 2017, 487; *Hempel*, WuW 2004, 362, 365. Aus statistischer Perspektive: *Rodger*, in: Comparative Private Enforcement and Collective Redress across the EU (2014), S. 146–149. Die deutschen Daten trägt *Sebastian Peyer* bei. Der Bericht

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Hardcore-Kartelle sehr selten. Bis zum Jahr 2005 war laut der Angabe des BKartA nur eine Klage gegen ein Hardcore-Kartell erfolgreich.[63]

Vor der 7. GWB-Novelle bildete die Schadensersatzklage nicht den Schwerpunkt der Rechtspraxis.[64] Zum einen war das strenge Schutzgesetzerfordernis bei der Geltendmachung der Schadensersatzansprüche nach § 33 Abs. 1 GWB a.F. dafür verantwortlich. Nach dem im Rahmen des § 823 Abs. 2 BGB entwickelten Grundsatz (sog. Schutzgesetzprinzip) ist eine Rechtsnorm ein Schutzgesetz, wenn sie neben dem Schutz der Allgemeinheit zumindest auch dazu dienen soll, „den Einzelnen oder einzelne Personenkreise gegen die Verletzung eines Rechtsgutes zu schützen".[65] Die Schutzgesetzeigenschaft des Kartellverbots (§ 1 GWB a.F.) und der meisten in Betracht kommenden Verbotsnormen im GWB wurde durch den BGH zwar grundsätzlich bejaht.[66] Auch wurden Art. 81 Abs. 1 EG (heute Art. 101 Abs. 1 AEUV) und Art. 82 EG (heute Art. 102 AEUV) als Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB nach den BGH-Entscheidungen *Kfz-Händler*[67] und *Cartier-Uhren*[68] anerkannt. Im Zusammenhang mit dem Kartellverbot wurde das Schutzgesetzprinzip jedoch von der Rechtsprechung sehr eng ausgelegt. Das Kartellverbot bezwecke den Schutz der Marktgegenseite jedenfalls dann und insoweit, als sich die Kartellabsprache gezielt gegen be-

über Deutschland ist auch als Einzelner online abrufbar unter http://www.clcpecreu.co.uk/pdf/final/Germany%20report.pdf. Im Folgenden zitiert als Peyer Report (2014).

63 LG Dortmund v. 1.4.2004, WuW/E DE-R 1352-1354 – *Vitaminpreise Dortmund*. Zitiert in BKartA, Diskussionspapier: Private Kartellrechtsdurchsetzung – Stand, Probleme, Perspektiven, S. 5.

64 BKartA, Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 13. Siehe auch *Roth*, in: FS Huber (2006), S. 1133, 1137; *Hempel*, Privater Rechtsschutz, S. 84ff.

65 Ständige Rechtsprechung BGH v. 27.1.1954, BGHZ 12, 146, 148; BGH v. 27.11.1963, BGHZ 40, 306; BGH v. 21.10.1991, BGHZ 116, 7 Rn. 18; BGH v. 13.12.2011, BGHZ 192, 90 Rn. 21; *Sprau*, in: Palandt BGB, § 823 Rn. 58.

66 Grundlegend BGH v. 4.4.1975, BGHZ 64, 232, 236 f. – *Krankenhaus-Zusatzversicherung*. Weitere Entscheidungen zum Kartellverbot BGH v. 25.1.1983, NJW 1984, 2819, 2822 – *Familienzeitschrift*; hinsichtlich unbilliger Behinderung (§ 26 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 GWB a.F.) BGH v. 10.12.1985, NJW 1986, 1877, 1879 – *Abwehrblatt II*. Bereits in der Begründung des Regierungsentwurfs des GWB von 1955 wurden die §§ 1, 9, 23, 24 GWB a.F. (etwa heutiges Kartell-, Behinderungs-, Diskriminierungs- und Boykottverbot) als Beispiele für Verbotsnormen als Schutzgesetz genannt. Dazu siehe BT-Drucks. II/1158, S. 44. Die Missbrauchsaufsicht für marktbeherrschende Unternehmen nach § 22 GWB a.F. (heute § 19 GWB) war bis zur 5. GWB-Novelle eine Ermächtigungsnorm und wurde durch die 6. GWB-Novelle zu einer Verbotsnorm.

67 BGH v. 23.10.1979, NJW 1980, 1224-1226 – *Kfz-Händler*.

68 BGH v. 10.11.1987, NJW 1988, 2175-2178 – *Cartier-Uhren*.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

stimmte Abnehmer und Lieferanten richte.[69] Ein Schadensersatzanspruch kam erst dann in Betracht, wenn die verletzten Vorschriften bzw. die kartellbehördliche Verfügung den Schutz der anderen Partei bezweckte. Dies führte zu einem sehr begrenzten Kreis Anspruchsberechtigter und folglich gestaltete sich die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen wegen Zuwiderhandlung gegen das Kartellverbot als sehr schwierig.[70] Darüber hinaus fehlte den Geschädigten aufgrund der verfahrensrechtlichen Hindernisse und den daraus resultierenden relativ hohen Verfahrenskosten oft die Motivation, Schadensersatzklagen gegen Kartelle zu erheben.[71] Solche hatten auch wenig Aussicht auf Erfolg.

2. Rechtliche und gerichtliche Entwicklung nach der 7. GWB Novelle

§ 33 GWB a.F. wurde durch die 7. GWB-Novelle[72] im Wesentlichen neu gefasst. Der Beseitigungsanspruch wurde neben dem Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch ausdrücklich in § 33 Abs. 1 GWB 7. GWB-Novelle gewährt. Die Norm bezieht sich seither ausdrücklich auch auf Verstöße gegen Art. 101 und 102 AEUV, womit sich die zivilrechtlichen Ansprüche wegen Verstößen gegen das europäische Wettbewerbsrecht nun unmittelbar, ohne den Umweg über § 823 Abs. 2 BGB, aus § 33 ergeben.[73] Das Schutzgesetzerfordernis wurde gestrichen, weil die hieraus abgeleitete Beschränkung der Anspruchsberechtigung nicht mit dem Europäischen Recht vereinbar war, wonach nach der Rechtsprechung des EuGH „jedermann"[74] Ersatz des Schadens zusteht.[75] Außerdem wurde die Bindungswirkung für Follow-on-Klagen (in § 33 Abs. 4 S. 1 GWB a.F.) eingeführt. Die Regelung über die Verjährungshemmung der kartellzivilrechtlichen Ansprüche durch die Einleitung eines kartellbehördlichen Verfahrens wurde ebenfalls präzi-

69 Dazu näher BGH v. 25.1.1983, NJW 1984, 2819, 2822 – *Familienzeitschrift*; BGH v. 23.10.1979, NJW 1980, 1224, 1225 – *Kfz-Händler*.
70 Hinsichtlich der Entwicklung der Rechtsprechung zu den in den Schutzbereich des Kartellverbots fallenden Marktteilnehmern siehe *Logemann*, S. 66–70.
71 Vgl. *Hempel*, Privater Rechtsschutz, S. 83ff.
72 Siebtes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 7.7.2005, BGBl. I 2005, 1954.
73 *Bornkamm/ Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, § 33 GWB Rn. 26, 46.
74 EuGH v. 20.9.2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 27 – *Courage*.
75 BT-Drucks. 15/5049, S. 49.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

siert (in § 33 Abs. 5 GWB a.F.). Die 8. GWB-Novelle[76] stärkte die private Kartellrechtsdurchsetzung durch die Einführung der Aktivlegitimation der Verbraucherverbände.

Nach dem Erlass der EU-Schadensersatzrichtlinie ist Deutschland bestrebt und verpflichtet, einen wirksamen rechtlichen Rahmen zu schaffen, damit das Wettbewerbsrecht zukünftig auch durch Schadensersatzklagen wirksam durchgesetzt werden kann. Die § 33 Abs. 3–5 GWB a.F. wurden im Rahmen der Richtlinien-Umsetzung durch die §§ 33a–33h entsprechend neu geordnet und angepasst. Weitgehende Änderungen für die Erleichterung der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen wurden im Zuge der 9. GWB-Novelle[77] vorgenommen. Wesentliche Neuerungen finden sich bezüglich einer widerleglichen Vermutung für Kartellschäden (§ 33a Abs. 2), der Schadensabwälzung (§ 33c), der Privilegierung von Kronzeugen (§ 33e), des Informations- und Offenlegungsanspruchs auf Beweismittel (§ 33g) und der Verlängerung der Verjährung (§ 33h).

Unter zahlreichen Entscheidungen zum Schadensersatzanspruch wegen Kartellverstößen nach der 7. GWB-Novelle sind die BGH-Urteile *ORWI*[78] und *Lottoblock II*[79] von großer Bedeutung.[80] Der BGH hat in *ORWI* die Anspruchsberechtigung von mittelbaren Abnehmern bestätigt und gleichzeitig den Einwand der Schadensabwälzung (auch oft als *passing-on Defense* bezeichnet) von Kartellteilnehmern zugelassen.[81] Danach hat der BGH in *Lottoblock II* die Bindungswirkung rechtskräftiger Entscheidungen im Kartellverwaltungsverfahren für den Follow-on Schadensersatzprozess festgestellt und ihren Umfang präzisiert. In dieser Entscheidung hat der BGH auch die Frage über die Anwendung von § 287 ZPO auf die Beweisanforderungen für den Schadeneintritt und die Schadensberechnung geklärt.[82] Neben dem Schadensersatz entwickelten die deutschen Gerichte ihre Entscheidungspraxis bezüglich anderer privatrechtlich durchsetzbarer Ansprüche weiter. Zum kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwand hat der BGH die

76 Achtes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 26.6.2013, BGBl. I, 2013, 1738.
77 Neuntes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 1.6. 2017, BGBl. I, 2017, 1416.
78 BGH v. 28.6.2011, NJW 2012, 928–935 – *ORWI.*
79 BGH v. 12.7.2016, NJW 2016, 3527–3534 – *Lottoblock II.*
80 Die beiden Entscheidungen beziehen sich auf die Rechtslage der 7. GWB-Novelle.
81 BGH v. 28.6.2011, NJW 2012, 928–935 – *ORWI.*
82 BGH v. 12.7.2016, NJW 2016, 3527–3534 – *Lottoblock II.*

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Voraussetzungen mit dem Urteil *Orangebook Standard*[83] weiterentwickelt. Nach der EuGH-Entscheidung *Huawei/ZTE*[84] haben die deutschen Gerichte in den Patentverletzungsfällen *Frand-Einwand*[85] und *Frand-Einwand II*[86] die Interessenabwägung zwischen dem Inhaber standardessenzieller Patente (im Folgenden: SEPs) und dem Patentnutzer sorgfältig gegeneinander abgewogen und die Anwendung der vom EuGH auferlegten Ansätze für den kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwand weiter präzisiert.

Mit der 7. GWB-Novelle wurde der rechtliche Rahmen für die private Durchsetzung, insbesondere die Regelungen über Schadensersatzklagen, deutlich verbessert. Die Schadensersatzklagen haben seitdem in der Rechtspraxis allmählich an Bedeutung zugenommen. Insgesamt prosperierte die private Durchsetzung in der Folgezeit. Nach Angaben des BKartA wurden insgesamt 1057 neue Kartellzivilverfahren[87] im Zeitraum von 2004 bis 2007 eingeleitet, was eine „merkliche Zunahme privater Klageaktivitäten" mit Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle darstellte, wobei etwa ein Drittel davon Schadensersatzklagen waren.[88] Seitdem die Anzahl für Kartellzivilverfahren zum ersten Mal im BKartA-Tätigkeitsbericht 2005/2006 aufgezeichnet wurde, blieb die Anzahl in den jeweiligen, zweijährigen Berichtszeiträumen stets über 300. Bis ins Jahr 2010 bildeten die eigenständigen Verfahren immer die Mehrheit der privaten Kartellrechtsdurchsetzung. Jedoch zeigte sich ein sehr starkes Wachstum der Follow-on-Klagen ab dem Berichtszeitraum 2013/2014.[89]

3. Zwischenfazit

Vor der 7. GWB-Novelle entwickelte sich eine reiche Spruchpraxis in Bezug auf das Diskriminierungs- und das Behinderungsverbot sowie bezüglich der Nichtigkeit wettbewerbswidriger Vereinbarungen. Die Kartellzivilver-

83 BGH v. 6.5.2009, NJW-RR 2009, 1047–1051 – *Orange-Book-Standard*.
84 EuGH v. 16.7.2015, C-170/13, ECLI:EU:C:2015:477 – *Huawei/ZTE*.
85 BGH v. 5.5.2020, GRUR 2020, 961–974 – *FRAND Einwand*.
86 BGH v. 24.11.2020, GRUR 2021, 585–600 – *FRAND Einwand II*.
87 Als Kartellzivilsachen im Tätigkeitsbericht vom BKartA werden diejenigen Fälle eingestuft, in denen sich die Parteien offensiv oder defensiv, allein oder unter anderem auf kartellrechtliche Gesichtspunkte berufen, um ihr prozessuales Ziel zu erreichen. Siehe BKartA, Tätigkeitsbericht 2009/2010, S. 49.
88 BKartA, Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 50.
89 BKartA, Tätigkeitsbericht 2013/2014, S. 34; BKartA, Tätigkeitsbericht 2015/2016, S. 41; BKartA, Tätigkeitsbericht 2017/2018, S. 38.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

fahren wurden durch eigenständige Klagen gekennzeichnet. Seit der 7. GWB-Novelle werden die deutschen rechtlichen Vorgaben für die private Durchsetzung und vor allem für die kartellrechtlichen Schadensersatzklagen durch die Reform des Durchsetzungssystems des Europäischen Wettbewerbsrechts erheblich beeinflusst. Im Zuge der 9. GWB-Novelle wurden die gesetzlichen Regelungen von Schadensersatzklagen an die EU-Schadensersatzrichtlinie angeglichen. Demzufolge hat sich der Schwerpunkt innerhalb der privaten Durchsetzung in Deutschland mit der Verbesserung der gesetzlichen Vorgaben auf Schadensersatzklagen verschoben. Deutsche Gerichte haben einen erheblichen Beitrag zu der Entwicklung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung geleistet.[90] Es ist zu erwarten, dass die Kartellzivilverfahren und vor allem die Schadensersatzklagen nach der Umsetzung der EU-Schadensersatzrichtlinie mit der 9. GWB-Novelle weiter aufblühen werden.

IV. China

Für die Auseinandersetzung mit der privaten Durchsetzung des chinesischen Kartellrechts ist es zuerst notwendig, die Systematik des chinesischen Antimonopolgesetzes und seine Besonderheiten herauszuarbeiten.

1. Die Entstehung und Entwicklung des Antimonopolgesetzes der Volksrepublik China

China befand sich im späten 20 Jahrhundert und Anfang des 21. Jahrhunderts in einer Übergangsphase von der Planwirtschaft zur sozialistischen Marktwirtschaft.[91] Die Diskussion über den Erlass eines chinesischen Kartellrechts begann bereits 1994, nachdem die Wirtschaftsordnung der sozialistischen Marktwirtschaft durch die Änderung der Verfassung im Jahr 1993 festgelegt worden war.[92] Der Entwurf und die Entstehung des Kartellgesetzes hatten aus diversen Gründen über ein Jahrzehnt gedauert, die unter anderem in der Ideologie und dem vorherrschenden sozialistischen Wirtschaftssystem sowie den Bedenken über die Wirtschaftsumwandlung

90 *Kirchhoff*, WuW 2017, 487, 487–492.
91 *Wang, Xiaoye*, in: Evolution of China's Anti-Monopoly Law (2014), S. 124, 125.
92 Artikel 15 der Verfassung der Volksrepublik China.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wurzelten.[93] Chinas WTO-Beitritt im Jahr 2001 hat einen wichtigen Impuls für die Gesetzgebung hinsichtlich des Kartellgesetzes gegeben, durch den offene und freie Marktbedingungen in China geschaffen wurden.[94] Vor diesem Hintergrund wurde das Antimonopolgesetz der Volksrepublik China im August 2007 verabschiedet und bekannt gemacht. Ein Jahr später trat das AMG in Kraft. Seitdem sind der faire Wettbewerb zusammen mit der Vertragsfreiheit und dem Eigentumsschutz als Grundprinzipien der Marktwirtschaft anzusehen.[95] Im Kontext der sozialistischen Marktwirtschaft spielt der Marktmechanismus bei der Ressourcenallokation „eine entscheidende Rolle".[96] Das AMG schützt den fairen Wettbewerb auf den Märkten, weshalb es in China weitverbreitet auch als „Wirtschaftsverfassung" bezeichnet wird.[97]

Die fast 12-jährige Anwendung des AMG hat die mangelnde Klarheit und Flexibilität einiger Bestimmungen sowie die unzureichende Wirksamkeit der Sanktionen offenbart. Um die grundlegende Rolle der Wettbewerbspolitik zu bestätigen und den Herausforderungen durch die Entwicklung der digitalen Wirtschaft zu begegnen, wurde im Jahr 2020 die erste Überarbeitung und Verbesserung des Antimonopolgesetzes eingeleitet. Im Januar 2020 veröffentlichte die Staatliche Verwaltung für Marktaufsicht (chinesisch: 市场监督管理总局, im Folgenden: SAMR)[98] den Entwurf zur Änderung des Antimonopolgesetzes zur öffentlichen Konsultation. Im Oktober 2021 führte der Ständige Ausschuss des Volkskongresses die erste

93 Auf diese Geschichte wird aufgrund des begrenzten Umfangs der vorliegenden Arbeit und ihrer Relevanz für die zentralen Themen nicht näher eingegangen. Für einen Überblick über die Vorgeschichte des AMG s. *Wang, Xiaoye*, RIW 2008, 417, 417f; *Wang, Xiaoye*, in: Evolution of China's Anti-Monopoly Law (2014), S. 260, 260–271.

94 *Wang, Xiaoye*, in: Evolution of China's Anti-Monopoly Law (2014), S. 99, 120f.

95 *Wang, Xiaoye*, in: Evolution of China's Anti-Monopoly Law (2014), S. 29, 44f.

96 In der sozialistischen Marktwirtschaft hat sich das Verhältnis zwischen Markt und Regierung von einer grundlegenden Regulierungsfunktion des Marktes bei der Ressourcenallokation hinzu einer entscheidenden Rolle entwickelt. Im 13. Fünfjahresplan für die nationale wirtschaftliche und soziale Entwicklung der Volksrepublik China (2016–2020) wurde erstmals die „Verbesserung des Systems, in dem der Markt die entscheidende Rolle bei der Ressourcenallokation spielt", zu den Grundsätzen gezählt. Dies steht im Gegensatz zu früheren Aussagen, wie etwa im 12. Fünfjahresplan (2011–2015), in dem dem Markt lediglich eine „grundlegende" Rolle bei der Ressourcenallokation zugeschrieben wurde.

97 Die Bezeichnung „Wirtschaftsverfassung" geht auf den Einfluss des Ordoliberalismus zurück. Zu ihre Auslegung im chinesischen wirtschaftlichen und rechtlichen Kontext siehe *Wang, Xiaoye*, in: Evolution of China's Anti-Monopoly Law (2014), S. 29, 40f.

98 Englisch: State Administration for Market Regulation of the People's Republic of China. Näheres zu der Umgestaltung der Vollzugsbehörde siehe unten S. 38ff.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Lesung des Entwurfs zur Änderung des Antimonopolgesetzes durch und veröffentlichte den Entwurf zur öffentlichen Konsultation. Im Juni 2022 verabschiedete der Ständige Ausschuss des Volkskongresses den Beschluss zur Änderung des Antimonopolgesetzes. Die neue Fassung ist seit dem 1. August 2022 in Kraft.

Die Grundstruktur des AMG bleibt unberührt. Das Kapitel 1 des AMG legt die allgemeinen Regeln und Grundbegriffe fest. Nach § 3 AMG sind Gegenstand der Regulierung monopolisierende Vereinbarungen, die Missbrauchsaufsicht und die Fusionskontrolle. Diese sind jeweils in Kapitel 2 (§§ 13–21), Kapitel 3 (§§ 22–24) und Kapitel 4 (§§ 25–38) näher geregelt. Neben diesen drei klassischen Säulen des Kartellrechts wird der Missbrauch von Verwaltungsbefugnissen[99] als Besonderheit des chinesischen Kartellrechts in Kapitel 5 (§§ 39–45) geregelt. Kapitel 6 und Kapitel 7 enthalten die Verfahrensregeln über Untersuchungen von Zuwiderhandlungen und Bußgeldverfahren durch Wettbewerbsbehörden sowie die Regeln über die rechtliche Haftung.

Die für die vorliegende Arbeit unmittelbar relevante Neuregelung besteht darin, dass ein zweiter Absatz in den Paragraphen über die zivilrechtliche Haftung hinzugefügt wurde, der die Klage im öffentlichen Interesse durch die Volksstaatsanwaltschaft vorsieht, um eine Verknüpfung mit dem chinesischen Zivilprozessgesetz (im Folgenden: ChinZPG, das 2017 und 2021 überarbeitet wurde) herzustellen.[100] Die Umsetzung dieser Klageform wirft in vielen Punkten noch Unklarheiten auf, insbesondere in Bezug auf das Verhältnis zu zivilrechtlichen Klagen von Einzelpersonen und zu behördlichen Verfahren, die geltend zu machenden Ansprüche und die Beweislastverteilung. Die Klageerhebung durch die Staatsanwaltschaft ist jedoch

99 Wird auch übersetzt als „Missbrauch von Verwaltungsmacht". Die Verwaltungsbehörde und die mit öffentlichen Verwaltungsaufgaben beliehenen Organisationen dürfen gemäß § 8 AMG ihre Verwaltungsbefugnisse nicht missbrauchen, um den Wettbewerb zu verfälschen.

100 Die Klage im öffentlichen Interesse durch die Volksstaatsanwaltschaft wurde zum ersten Mal mit den Änderungen des chinesischen Zivilprozessgesetzes in 2017 eingeführt. Diese Vorschrift bleibt von der letzten Gesetzesänderung im Jahr 2021 unberührt. Zuvor konnte derartige Klage nur von den gesetzlich bestimmten Behörden und betroffenen Organisationen erhoben werden (§ 55 ChinZPG a.F.). Gemäß § 58 ChinZPG kann die Volksstaatsanwaltschaft gegen die das öffentliche Interesse verletzenden Handlungen, wie z.B. die Verschmutzung der Umwelt und die Verletzung der gesetzlichen Rechte und Interessen zahlreicher Verbraucher, Klage beim Volksgericht erheben, wenn es keine gesetzlich bestimmten Organe und Organisationen gibt oder diese keine Klage erheben.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nicht Gegenstand dieser Arbeit über die private Rechtsdurchsetzung[101] und wird daher im Weiteren nicht mehr erörtert. Es wurden keine neuen Regelungen zur Konkretisierung der zivilrechtlichen Haftung hinzugefügt, wie beispielsweise spezifische Formen der zivilrechtlichen Haftung, der Umfang des Schadensersatzes oder die Beweislast. Andere wichtige Gesetzesänderungen werden im Einzelnen erläutert, soweit sie in die Diskussion einbezogen werden.

a. Begrifflichkeiten

Das AMG hat viele Konzepte ausländischer Rechtsordnungen eingeführt, aber zugleich Anpassungen vorgenommen, um sie an die Besonderheiten der Institutionen, der Rechtskultur und der Wirtschaftspolitik in China anzupassen. Daneben sind eigene Vorstellungen zum Wettbewerbsrecht im AMG zu finden, die im Kontext sozialistischer Markwirtschaft zu verstehen sind.[102] Es ist deshalb im Folgenden notwendig, zuerst die grundlegenden Begriffe zu erklären und auf einige Besonderheiten hinzuweisen.

„Antimonopol" (chinesisch: 反垄断) ist ein chinesischer Begriff, der mit dem englischen Begriff „anti-trust" vergleichbar ist. „Monopol" (chinesisch: 垄断) im AMG stimmt nicht mit „Monopol" in der deutschen Sprache überein.[103] „Monopol" im AMG bedeutet nicht wie gewöhnlich nur die Einzelmarktbeherrschung, sondern ist umfassend in dem Sinne zu verstehen, dass alle üblichen Arten von wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen erfasst werden. Ebenfalls sind die „monopolisierenden Verhaltensweise" bzw. „monopolistischen Handlungen" (chinesisch: 垄断行为) nicht mit den marktbeherrschenden Verhaltensweisen gleichbedeutend. Diese sind nach § 3 AMG Oberbegriffe und generelle Bezeichnungen für die vom AMG regulierten wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen: das Abschließen der monopolisierenden Vereinbarungen, der Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung und die Unternehmenszusammenschlüsse, die eine den Wettbewerb ausschließende oder beschränkende Wirkung haben oder haben können.

101 Der Begriff der privaten Kartellrechtsdurchsetzung wird unter Abschnitt B. dieses Kapitels erläutert.
102 Vgl. *Mao, Xiaofei/Glass*, ZWeR 2008, 88.
103 So auch *Mao, Xiaofei/Glass*, ZWeR 2008, 88, 91.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

„Monopolisierende Vereinbarung" bzw. „Monopolvereinbarung" i.S.d. § 16 AMG (§ 13 Abs. 2 AMG a.F., chinesisch: 垄断协议) entspricht der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung im deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht.[104] Monopolvereinbarungen umfassen die den Wettbewerb ausschließenden oder beschränkenden, horizontalen (§ 17 AMG) und vertikalen (§ 18 Abs. 1 AMG) Vereinbarungen, Beschlüsse und sonstigen aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen. Das AMG bezeichnet die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen generell mit der wörtlich übersetzten Formulierung „Ausschluss oder Beschränkung des Wettbewerbs" (chinesisch: 排除、限制竞争).

b. Zielsetzung des AMG und der Wettbewerbspolitiken

§ 1 AMG legt die Zwecke des Gesetzes fest.[105] Nach der Fassung von 2007 dient das AMG „zur Vorbeugung und Verhinderung monopolisierender Verhaltensweisen, zum Schutze des fairen Wettbewerbs auf den Märkten, zur Förderung von Innovation, zur Effizienzsteigerung der Wirtschaftsvorgänge, zum Schutz der Verbraucherinteressen und der gesamtgesellschaftlichen Interessen und zur Förderung der gesunden Entwicklung der sozialistischen Marktwirtschaft".[106] In der Novelle von 2022 wird die Förderung der Innovation nach dem Schutz des fairen Wettbewerbs zum Gesetzeszweck hinzugefügt.[107] Diese Zielsetzungen sind offensichtlich eine Kombination aus wirtschaftlichen und politischen Zielen, international vorherrschenden Vorstellungen von Wettbewerbsordnungen und der eigenen Wettbewerbsvorstellung. Die Ziele spiegeln sowohl das Konzept eines funkti-

104 So auch *Mao, Xiaofei/Glass*, ZWeR 2008, 88, 91.

105 In China wird im Allgemeinen Teil eines Gesetzes, zumeist in § 1, der Gesetzeszweck benannt.

106 Übersetzung von *Masseli*, ZChinR 2007, 307.

107 Die Frage, ob die Ermunterung der Innovation als Gesetzeszweck aufgenommen werden sollte, wurde bereits während der öffentlichen Konsultation über den Gesetzesentwurf des AMG kontrovers diskutiert. Die Mehrheit unterstützt die Ansicht, dass das Antimonopolrecht an die digitale Wirtschaft angepasst werden sollte, indem es die Förderung von Innovationen berücksichtigt. Siehe u.a. *Meng*, TSYZM 2022, 51f. *Wang Xiaoye* vertritt jedoch die Meinung, dass die gleichzeitige Verfolgung der Innovationsförderung und des Wettbewerbsschutzes im Kartellrecht zu Konflikten in der Rechtsanwendung führen könnte. Im Fall eines solchen Konflikts sollte das AMG ihrer Meinung nach den Schutz des Wettbewerbs vorrangig gewährleisten. Siehe *Wang Xiaoye*, DDFX 2022, 43f.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

onsfähigen Wettbewerbs durch Verfolgung von mehreren Zielen als auch die Erhöhung der ökonomischen Effizienz wider, was sich auf die Lehre der Chicago School stützt.[108] Der Schutz des „fairen Wettbewerbs" (chinesisch: 公平竞争), der „gesamtgesellschaftlichen Interessen" (chinesisch: 社会公共利益) sowie die Förderung der gesunden Entwicklung der sozialistischen Marktwirtschaft zeichnen hingegen ein Leitbild sui generis.

aa) Das gesamtgesellschaftliche Interesse

Es ist nicht eindeutig, wie der Begriff des „gesamtgesellschaftlichen Interesses" (häufig auch als das „allgemeine Interesse" übersetzt)[109] bei der Rechtsanwendung zu verstehen ist. Diesbezüglich hat das Gesetz selbst keine ausdrückliche Auslegung vorgeschrieben.[110] Das „gesamtgesellschaftliche Interesse" wird neben § 1 noch zweimal im AMG explizit adressiert. In § 20 (4) AMG (§ 15 (4) a.F.) werden die Verwirklichung der Ressourceneinsparung, des Umweltschutzes, der Katastrophenhilfe sowie anderer gesamtgesellschaftlicher Interessen als Freistellungstatbestände vom Kartellverbot erwähnt. Gemäß § 34 AMG (§ 28 a.F.) kann das „gesamtgesellschaftliche Interesse" zudem als Effizienzeinwand für die an einem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen verwendet werden.[111] Dieser Begriff lässt sich da-

108 S. Anmerkung aus deutscher Sicht: *Mesenbrink*, S. 100; *Masseli*, ZChinR 2007, 259. In den Erläuterungen des Gesetzesplanungsbüros zum AMG wird hervorgehoben, dass das AMG nicht nur auf ökonomische Effizienz abzielt, was es vom US-amerikanischen Antitrustrecht unterscheidet. S. *Wu* (Hrsg.), Erläuterung zum AMG des Gesetzesplanungsbüros, S. 3.

109 Beispielsweise die Übersetzung des AMG in der Fassung von 2007 von *Münzel*. *Münzel*, Chinas Recht, 2007/10, 30.8.7/1, im Internet abrufbar unter http://www.chinas-recht.de/070830.htm.

110 Das allgemeine Interesse ist einer der wichtigsten Rechtsbegriffe und findet sich häufig in den chinesischen Gesetzen. Es gibt allerdings keine eindeutige Auslegung des Inhaltes durch den Gesetzgeber oder das Oberste Volksgericht. Die Definition und die Begrenzung des allgemeinen Interesses sind je nach Gesetz und Umständen unterschiedlich und zählen zu einer der am meisten umstrittenen und erörterten juristischen Fragen. Aufgrund des begrenzten Umfangs der vorliegenden Arbeit und der geringen Relevanz für die hier behandelten Themen wird auf die Untersuchung der Auslegung des Begriffs nicht näher eingegangen. Vielmehr sind die daraus abgeleiteten möglichen Zielkonflikte im AMG für die vorliegende Arbeit relevant und werden als nächstes diskutiert. Zum allgemeinen Interesse in § 1 AMG aus der deutschen Literatur siehe *Mesenbrink*, S. 80ff.

111 Hier wird das allgemeine Interesse in der Gesetzesübersetzung von *Masseli* als gesellschaftliches, öffentliches Interesse bezeichnet. Es ist unklar, warum *Masseli*

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

her im Kontext der jeweiligen Vorschrift so verstehen: Die erstere weist auf die soziale Wohlfahrt hin, während die letztere die wirtschaftlichen Vorteile im Blick hat. Aus dem jeweiligen Normkontext ergibt sich ein unterschiedliches Begriffsverständnis. Während § 20 AMG einen Verweis auf die soziale Wohlfahrt enthält, hat § 34 AMG die wirtschaftlichen Vorteile im Blick.[112] Daher ist davon auszugehen, dass der Begriff des „gesamtgesellschaftlichen Interesses" als Ziel des AMG mindestens sowohl die soziale Wohlfahrt als auch die wirtschaftlichen Vorteile umfasst. Wenn dies mit den anderen in § 1 genannten Zielen zusammen betrachtet wird, geht es nicht nur um einen abschließenden wirtschaftlichen Wohlfahrtsstandard, sondern auch um eine Interessenbetrachtung aus gesellschaftlicher Sicht.[113]

Ein umfassender und vager Begriff des gesamtgesellschaftlichen Interesses birgt die Gefahr von Zielkonflikten mit anderen nebenstehenden Schutzinteressen, vor allem dem Interesse der Verbraucher. Das AMG dient unbestritten zuerst unmittelbar dazu, monopolistische Handlungen zu verhindern und vorzubeugen.[114] Eine klare Hierarchie der weiteren Ziele lässt sich aus dem Gesetz jedoch nicht ablesen. Das AMG nennt zwar den Schutz von Interesse von Unternehmen in seiner Zielsetzung nicht,[115] aber es ist denkbar, dass sich vornehmlich die Staatsunternehmen auf das gesamtgesellschaftliche Interesse im Kontext der §§ 20 und 34 berufen können.[116] Insbesondere nach § 8 Abs. 1 AMG (§ 7 Abs. 1 a.F.) schützt der Staat „die legalen Geschäftsaktivitäten der Unternehmen der Wirtschaftszweige, die im Zusammenhang mit volkswirtschaftlichen Lebensadern stehen und die Staatssicherheit berühren und in denen die staatseigene Wirtschaft eine beherrschende Stellung innehat, sowie die Wirtschaftszweige, in denen nach dem Recht staatliche Monopole verwirklicht sind".[117] Die Ausgewogenheit im Rahmen dieses Konflikts könnte insbesondere in zivilrechtlichen Klagen gegen Staatsunternehmen in Frage kommen.[118]

---

denselben Terminus in §§ 15 und 28 AMG a.F. leicht abweichend von § 1 AMG übersetzt.

112 *Wang, Xiaoye*, in: Evolution of China's Anti-Monopoly Law (2014), S. 157, 161f.

113 Vgl. *Wang, Xiaoye*, Anti-monopoly law, S. 30f.; *Weinreich-Zhao*, S. 56, 62f.

114 *Wu* (Hrsg.), Erläuterung zum AMG des Gesetzesplanungsbüros, S. 2; *Wang*, RIW 2008, 417.

115 Im Vergleich dazu bezweckt das ChinUWG nach § 1 ChinUWG den Schutz der Interessen von Unternehmen.

116 So auch *Wang, Xiaoye*, RIW 2008, 417, 418.

117 Übersetzung von *Masseli*, ZChinR 2007, 307, 308.

118 Beispielsweise Oberes Volksgericht der Hunan Provinz v. 10.5.2019, Az. (2019) Hu Zhi Min Zhong Nr. 79, *SONG Xin vs. China Railway* (letzte Instanz). China Rail-

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bb) Der faire Wettbewerb

Der Schutz des „fairen Wettbewerbs" unterscheidet das chinesische Wettbewerbsrecht von anderen ausländischen Wettbewerbsordnungen, die eher auf den Schutz des „freien Wettbewerbs" zielen. Das Konzept des fairen Wettbewerbs ist in der chinesischen Kultur verwurzelt und wird weitgehend anerkannt.[119] Demgegenüber war der freie Wettbewerb, der oft mit der westlichen Ideologie des Liberalismus in Verbindung gebracht wurde, vor dem Hintergrund der chinesischen Planwirtschaft lange Zeit ein Fremdbegriff.[120] Die im Jahr 1978 eingeleitete wirtschaftliche Reform wandelte die Planwirtschaft in eine sozialistische Marktwirtschaft um. Diese wurde schließlich offiziell in Art. 15 der chinesischen Verfassung von 1993 verankert. Das Konzept des freien Wettbewerbs hingegen geriet erst im Zuge der umfassenden Vertiefung der Reformen seit dem Ende der 1990er Jahre stärker in den Fokus. Die genaue Bedeutung des fairen Wettbewerbs im Antimonopolgesetz und sein Verhältnis zum freien Wettbewerb werden im chinesischen wirtschaftsrechtlichen Schrifttum nicht eingehend diskutiert. Es scheint so, als sei der Begriff des „fairen Wettbewerbs" in der chinesischen Wettbewerbskultur so weit anerkannt, dass eine Erklärung seiner Implikationen nicht notwendig erscheint. Heutzutage werden die Termini „fairer" und „freier" Wettbewerb sowohl in der Wissenschaft als auch in der praktischen Anwendung des Wettbewerbsrechts oft zusammen verwendet. Der vorherrschenden Meinung nach umfasst der Begriff „fairer Wettbewerb" im Kontext des Antimonopolrechts auch den freien Wettbewerb. Das Antimonopolgesetz schützt sowohl den fairen Wettbewerb als auch den freien Wettbewerb.[121] Die Verwendung des Begriffs „fairer Wettbewerb" scheint beabsichtigt gewesen zu sein, um die Merkmale einer sozialistischen Marktwirtschaft hervorzuheben, zu denen auch die Gewährleistung der sozialen Gerechtigkeit gehört. Dies lässt sich gerade an der Tatbe-

way ist das staatliche Eisenbahnunternehmen. Allerdings scheiterte SONG beim Nachweis der marktbeherrschenden Stellung von China Railway auf dem relevanten Markt für Straßen- und Schienenpersonenverkehrsdienste für Direktverbindungen aus dem Landkreis Dao in die Stadt Changsha.

119 *Wang, Xiaoye*, in: Evolution of China's Anti-Monopoly Law (2014), S. 157, 165.

120 „Lange hat man den Wettbewerb als einen dem Kapitalismus eigene Erscheinung bezeichnet." Beschluss über die Reform des Wirtschaftssystems des Zentralkomitees der Kommunistischen Partei Chinas v. 20.10.1984.

121 Vgl. *Wang, Xiaoye*, in: Evolution of China's Anti-Monopoly Law (2014), S. 157, 165–167; *Wu* (Hrsg.), Erläuterung zum AMG des Gesetzesplanungsbüros, S. 6f.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

standsvoraussetzung „ohne angemessenen Grund" für jede missbräuchliche Verhaltensweise in § 22 AMG erkennen.[122]

c. Verwaltungsmonopole

Neben den drei klassischen Säulen des Wettbewerbsrechts – Kartellverbot, Missbrauchsaufsicht und Fusionskontrolle – sind Sonderregelungen (§§ 39 bis 45 AMG) gegen den Missbrauch von Verwaltungsbefugnissen im AMG zu finden. Die Adressaten dieser Normen sind die Verwaltungsorgane und die Organisationen, die durch Gesetz oder Rechtsverordnung mit öffentlichen Verwaltungsfunktionen betraut sind.[123] Hiervon zu unterscheiden sind die Staatsunternehmen; letztere fallen unter den Unternehmensbegriff nach § 15 AMG (§ 12 AMG a.F) und sind Adressaten des Verbots monopolisierender Verhaltensweisen i.S.d. § 3 AMG.[124] Die rechtliche Folge einer Zuwiderhandlung gegen das Missbrauchsverbot der Verwaltungsbefugnisse ergibt sich aus § 61 AMG (§ 51 AMG a.F.): Das übergeordnete Verwaltungsorgan ordnet die Korrektur der missbräuchlichen Verhaltensweisen an; die Antimonopolvollzugsorgane können diesem übergeordneten Verwaltungsorgan Vorschläge unterbreiten. Außerdem können Einzelpersonen Hinweise auf Verstöße bei der Vollzugsbehörde melden. Gemäß § 46 AMG (§ 38 AMG a.F.) muss die Vollzugsbehörde nach Erhalt einer solchen Meldung die notwendige Ermittlung durchführen. Es gibt ferner die Möglichkeit für den von dem behördlichen Beschluss Betroffenen, eine verwaltungsrechtliche Klage zu erheben[125] und gegebenenfalls die Entschädigung von den Verwaltungsorganen nach dem chinesischen Staatsentschädigungsgesetz[126] zu verlangen. Das AMG selbst sieht keine zivilrechtlichen Rechtsfolgen für den Missbrauch von Verwaltungsbefugnissen vor. Der Adressat der Zivil-

122 Wird auch als „ohne lauteren Grund" übersetzt, siehe *Masseli*, ZChinR 2007, 307, 311. Zu diesem Tatbestand siehe weiter unten § 6 A.III.2.c.

123 Eingehend *Lorenz/Liu, Xu*, RIW 2009, 33, 37.

124 Zum Unternehmensbegriff siehe unten S. 57 und Fn. 141.

125 Beispiele für abgeschlossene Verfahren sind: Oberes Volksgericht der Guangdong Provinz v. 28.6.2017, Az. (2015) Yue Gao Fa Xing Zhong Zi Nr. 228 – *Shenzhen THsware Hi-Tech Co., Ltd vs. Guangdong Provincial Department of Education* (letzte Instanz); Oberes Volksgericht der Guangdong Provinz v. 27.7.2018, Az. (2016) Yue Xing Zhong Nr.1455 – *Shanwei Zhencheng Bus Transport vs. Stadtregierung von Shanwei*.

126 Nach § 4 Staatsentschädigungsgesetz der VR China.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

haftung nach § 60 AMG sind die „Unternehmen". Zivilrechtliche Klagen gegen Verwaltungsakte von Verwaltungsorganen aufgrund Zuwiderhandlungen gegen das Missbrauchsverbot der Verwaltungsbefugnisse sind deshalb nicht statthaft.[127] Die vorliegende Arbeit thematisiert die Zivilhaftung und die kartellzivilrechtlichen Klagen, weshalb der private Rechtsschutz gegen ein Verwaltungsmonopol nicht näher diskutiert werden soll.

d. Reform der Vollzugsbehörden

China verlässt sich seit langem auf die behördliche Rechtsdurchsetzung, mit Strafen und Sanktionen als wichtigem Steuerungsinstrument, wobei der Möglichkeit, private Parteien in Verbindung mit dem Staat zur Durchsetzung des Gesetzes zu mobilisieren, weniger Beachtung geschenkt wird.[128] Dies zeigt sich besonders deutlich in den Gebieten des Wirtschaftsrechts.[129] Deshalb hat das AMG das Modell der behördlichen Durchsetzung wie die EU und Deutschland übernommen.

Gemäß § 12 AMG (§ 9 a.F.) ist die Antimonopolkommission des Staatsrats für die Organisation, Koordination und Leitung der Antimonopolarbeit zuständig. Ihre gesetzlichen Aufgaben umfassen unter anderem die Festlegung und Bekanntmachung von Antimonopolrichtlinien und -leitlinien. Sie übernimmt die konkrete Vollzugsarbeit nicht, sondern leitet und koordiniert die Arbeit der Vollzugsorgane und der speziellen Aufsichtsbehörden (im Bereich Bank, Telekom usw.). Im Anschluss an § 12 AMG sieht § 13 AMG (§ 10 a.F.) nur eine generelle Bestimmung bezüglich der Vollzugsorgane vor, nach der die Antimonopolvollzugsbehörde des Staatsrats für die Antimonopolvollzugsarbeit zuständig ist.[130] Die Einrichtungen, die konkreten Befugnisse und die Anzahl der Vollzugsorgane werden nicht im

127 *Zhan, Hao,* S. 117. A.A. *Zhang, Ruiping*, S. 147f. Sie befürwortet die Zulassung der Zivilklagen gegen Verwaltungsorgane vor allem aus der funktionalen Perspektive, dass der Missbrauch von Verwaltungsbefugnissen dadurch eingeschränkt und die Geschädigten besser geschützt werden könnten.

128 Vgl. *Xu, Xin*, FXYJ 2 (2004), 18, 29.

129 Auch das chinesische Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb stützt sich stark auf die behördliche Durchsetzung.

130 Vor dem Hintergrund der Einrichtung eines zentralen Marktaufsichtsamts in 2018 wurde die Formulierung dieses Paragraphs entsprechend angepasst, wobei betont wird, dass die Antimonopolvollzugsbehörde des Staatsrats für die „einheitliche" Antimonopolvollzugsarbeit zuständig ist.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Detail vorgeschrieben, um einen gewissen Raum für eine mögliche spätere Umstrukturierung der Vollzugsorgane zu lassen.[131]

Drei unterschiedliche Verwaltungsorgane wurden kurz nach dem Erlass des AMG mit der Vollzugsarbeit betraut, die jeweils drei unterschiedlichen Organen des Staatsrats untergeordnet waren: das Handelsministerium (chinesisch: 商务部, im Folgenden: MOFKOM)[132], die Reform- und Entwicklungskommission (chinesisch: 发展改革委员会, im Folgenden: NDRC)[133], sowie die Staatliche Verwaltung für Industrie und Handel (chinesisch: 工商管理总局, im Folgenden: SAIC)[134].

Das MOFCOM ist ein Ministerium der Regierung der Volksrepublik China und zuständig für die Außenhandelspolitik, Export- und Importbestimmungen, ausländische Direktinvestitionen und internationale Handelsabkommen. Vor dem Erlass des AMG wurde die Übernahme eines inländischen Unternehmens durch einen ausländischen Investor von dem MOFCOM geprüft und genehmigt. Daher unterlag die Fusionskontrolle anfangs auch unter Geltung des AMG zunächst weiterhin dem MOFCOM. Die NDRC gehört zum Staatsrat der Volksrepublik China und ist für die makroökonomische Steuerung zuständig; sie legt die wirtschaftliche und soziale Entwicklungspolitik fest und leitet die Reform des gesamten Wirtschaftssystems. Weil sie für die Aufsicht der preisbezogenen Verhaltensweisen auf dem Markt aufgrund des Preisgesetzes von 1998 zuständig war, bekämpfte die ihr untergeordnete Antimonopolbehörde vor allem Preiskartelle. Die SAIC war für die Aufsicht und Verwaltung der Industrie und Handel zuständig und hatte viele Abteilungen für verschiedene Tätigkeiten wie Verbraucherschutz, Markenregistrierung, Unternehmensregistrierung, Durchsetzung des Lauterkeitsrechts usw. Die Antimonopolbehörde unter der SAIC war in erster Linie für Missbrauchsfälle marktbeherrschender Unternehmen zuständig und bekämpfte sonstige kartellrechtswidrige Absprachen, die sich nicht auf Preismissbrauch bezogen.

Zwar waren die drei Wettbewerbsbehörden prinzipiell für unterschiedliche Sachverhalte verantwortlich, in der Praxis standen sie jedoch in

131 Eine Einigung über die Vollzugsorgane konnte bis zu dem Erlass des AMG nicht erzielt werden. Siehe Erklärung des damaligen Leiters des Rechtsordnungsbüros des Staatsrats, CAO Kangtai. Zitiert in *Wang, Xiaoye*, RIW 2008, 417, 419.

132 Englisch: Ministry of Commerce of the People's Republic of China.

133 Englisch: National Development and Reform Commission of the People's Republic of China.

134 Englisch: State Administration of Industry and Commerce of the People's Republic of China.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Konkurrenz zueinander. Die NDRC wird als die stärkste Behörde in der chinesischen Regierung angesehen. Die jüngere Vergangenheit stellt die aktivste Phase der NDRC bei der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts dar. Die NDRC beschäftigte sich auch mit der Missbrauchsaufsicht, wenn ein Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung durch überhöhte Preise ausnutzte. Daher kam es in diesen Praxisbereichen oft zu Kompetenzstreitigkeiten zwischen der NDRC und der SAIC. Darüber hinaus ergaben sich aufgrund der zum Teil überlappenden Kompetenzen zwischen den Vollzugsbehörden weitere Probleme, wie Ressourcenverschwendung, widersprüchliche Gesetzesauslegungen, Schwierigkeiten bei der Koordinierung durch die Monopolkommission usw. Hinzu kamen bereits beim Erlass und in der Anfangszeit des AMG Zweifel, ob die Vollzugsbehörden, die nicht unabhängig von ihren vorgesetzten Ministerien waren, die Konflikte zwischen Wettbewerbs- und Industriepolitik bei der Prüfung von Monopolvereinbarungen und Zusammenschlüssen beilegen konnten.[135] Die behördliche Durchsetzung wurde in den ersten zehn Jahren zügig verstärkt, doch konnte eine effektive Durchsetzung teilweise aufgrund der dezentralisierten und nicht eigenständigen Organisationsstruktur sowie aufgrund von Kompetenzkonflikten nicht erzielt werden.

Nach mehr als zehn Jahren fand die Dreiteilung der Vollzugsorgane endlich ein Ende. Die erste Tagung des 13. Nationalen Volkskongress im März 2018 beschloss eine Zusammenlegung der drei Wettbewerbsbehörden. Demzufolge wurde die neue nationale Behörde – die staatliche Verwaltung für Marktaufsicht (chinesisch: 国家市场监管总局, im Folgenden: SAMR)[136] – als das zentrale Marktaufsichtsamt eingerichtet, das direkt dem Staatsrat der Volksrepublik China untersteht. Die SAMR ist auf der Grundlage der früheren SAIC und durch die Eingliederung mehrerer bisher getrennter Verwaltungsorgane aufgebaut.[137] Die Aufgaben der Durchsetzung des AMG wurden einheitlich durch die Antimonopolbehörde der SAMR wahrgenommen. Die Antimonopol-Abteilungen der NDRC und des

135 *Wang, Xiaoye*, RIW 2008, 417, 419; insbesondere im Hinblick auf MOFCOM siehe *Weinreich-Zhao*, S. 51f.

136 Englisch: State Administration of Market Regulation of the People's Republic of China.

137 Beispielsweise wurden neben der Vollzugsbehörde für das Antimonopolrecht auch die Verwaltung für Qualitätsüberwachung, Inspektion und Quarantäne (AQSIQ) und die China Food and Drug Administration (CFDA) in die SAMR integriert. Die SAMR besteht aus 27 Büros bzw. Abteilungen, die verschiedene Funktionen der Marktregulierung abdecken.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

MOFCOM wurden in der Konsequenz aufgelöst. Die Antimonopolbehörde der SAMR übernahm auch die tägliche Arbeit, der dem Staatsrat unterstellten Antimonopolkommission, beispielsweise die Vereinheitlichung der verstreuten Bestimmungen und Richtlinien der ehemaligen drei Vollzugsbehörden. In weniger als drei Jahren wurde eine weitere Reform der Organisation zur Wettbewerbsbehörde durchgeführt. Am 18. November 2021 wurde die Antimonopolbehörde, die unter der SAMR tätig war, zu der Nationalen Antimonopolbehörde erhoben. Der Stand der behördlichen Durchsetzung wird weiter unten § 2 C.IV.3 erläutert.

Der nachfolgende Abschnitt widmet sich der Entwicklung der privaten Durchsetzung in China, um gleichzeitig einen Überblick über den aktuellen Stand der Umsetzung des AMG in den letzten 10 Jahren zu gewinnen.

2. Entwicklung der privaten Durchsetzung

a. Rechtliche Entwicklung

Vor dem Erlass des AMG ließen sich bereits einige kartellrechtliche Regelungen in anderen Gesetzen wie z. B. im Gesetz gegen unlautereren Wettbewerb (1993), im Preisgesetz (1997), im Ausschreibungsgesetz (1999) und im Vertragsgesetz (1999) (im Folgenden: ChinVG) finden.[138] Insbesondere das chinesische Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (im Folgenden: ChinUWG-1993)[139] sieht Verbote des Missbrauchs durch marktbeherrschende öffentliche Unternehmen (§ 6 ChinUWG-1993), des Missbrauchs von Verwaltungsbefugnisse (§ 7 ChinUWG-1993), der Kampfpreisunterbietung (§ 11 ChinUWG-1993), des unzulässigen Kopplungsgeschäfts (§ 12 ChinUWG-1993) und der abgestimmten Verhaltensweisen bei der Ausschreibung (§ 15 ChinUWG-1993) vor. Es war nicht unüblich, dass Private aufgrund von Verstößen gegen die kartellrechtlichen Regelungen, vor allem gegen die vorgenannten Vorschriften im ChinUWG, Zivilklagen erhoben.

Das AMG enthält einen kurzen Paragrafen zur zivilrechtlichen Haftung, nämlich § 60. Die Unternehmen tragen die zivilrechtliche Haftung (auf Chinesisch: 民事责任), wenn sie durch monopolisierende Verhaltenswei-

138 Für eine Übersicht über die verstreuten kartellrechtlichen Regelungen vor dem Erlass des AMG siehe *Mesenbrink*, S. 22ff.

139 Das ChinUWG wurde 1993 verabschiedet und in den Jahren 2017 und 2019 jeweils überarbeitet.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sen anderen Schaden zufügen.[140] § 60 AMG bildet somit eine Generalklausel für kartellzivilrechtliche Ansprüche. Nach § 15 Abs. 1 AMG (§ 12 Abs. 1 a.F.) sind Unternehmen natürliche und juristische Personen sowie Organisationen ohne Rechtspersönlichkeiten, die Produkte herstellen, Waren vertreiben oder Dienstleistungen anbieten.[141] Vereinigungen von Unternehmen werden von dem gesetzlichen Unternehmensbegriff umfasst. Insbesondere verbietet § 21 AMG (§ 16 a.F.) den Branchenverbänden, die Unternehmen ihrer Wirtschaftszweige zu organisieren, um monopolisierende Vereinbarungen zu treffen.

Die Modalitäten der Zivilhaftung im AMG richten sich nach dem allgemeinen Zivilrecht, dem Vertragsrecht sowie dem Deliktsrecht. Die Generalklausel für die zivilrechtliche Haftung ist § 176 des chinesischen Zivilgesetzbuches (im Folgenden: ZGB) zu entnehmen[142]: „Zivilrechtssubjekte erfüllen auf Grundlage der gesetzlichen Bestimmungen oder nach den Vereinbarungen der Parteien zivile Pflichten und haften zivilrechtlich."[143] § 179 ZGB ergänzt dies durch elf Haftungsformen: (1) Einstellung der Verletzun-

140 Im Unterschied zu der Übersetzung von *Masseli*, wo die „zivilrechtliche Haftung" mit „zivilrechtliche Schadensersatzhaftung" übersetzt wird. Nach der hier vertretenen Auffassung ist die in § 60 AMG genannte Zivilhaftung nicht einschränkend als Schadensersatzhaftung auszulegen.

141 Der Unternehmensbegriff des chinesischen Antimonopolrechts ist grundsätzlich weit auszulegen. Vgl. *Wu* (Hrsg.), Erläuterung zum AMG des Gesetzesplanungsbüros, S. 32ff: die Unternehmen müssen nicht gewinnorientiert sein. In diese Richtung siehe auch *Zhan*, *Hao,* S. 52. Vgl. *Wang, Xiaoye*, Kommentar, S. 79f: das Unternehmen ist als jede Einheit zu verstehen, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, unabhängig von ihrer Rechtsform und den zugrunde liegenden Eigentumsverhältnissen. Dieses Verständnis ähnelt sehr stark dem funktionalen Unternehmensbegriff des europäischen Wettbewerbsrechts.

142 Zuvor galt § 106 der Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts (chinesisch: 民法通则, im Folgenden: AG ChinZR-1986), der die vertragliche Haftung (Abs. 1), die Verschuldenshaftung (Abs. 2) sowie die Haftung ohne Verschulden (Abs. 3) enthielt. Die AG ChinZR-1986 wurden 1986 erlassen und sind seit 1987 in Kraft. Als erster Schritt der Kodifikation des chinesischen Zivilgesetzbuches wurde der Allgemeine Teil des Zivilrechts (chinesisch: 民法总则, im Folgenden: AT ChinZR) auf der Grundlage der AG ChinZR-1986 verfasst, der am 1.10.2017 in Kraft trat. Bis 2021 galten beide Gesetze. Die AG ChinZR-1986 wurde mit dem Inkrafttreten des chinesischen Zivilgesetzbuches am 1.1.2021 außer Kraft gesetzt. Der AT ChinZR ist im Zivilgesetzbuch kodifiziert, und die Nummerierung der Artikel ist nach wie vor dieselbe. Ausführlich zu der Funktion der AG ChinZR-1986 und die Gründe für eine Kodifikation des chinesischen Zivilgesetzbuches siehe *Sun*, ZChinR 2017, 86, 88–91.

143 Übersetzung von *Ding/Klages/Leibküchler/Pissler*, ZChinR 2020, 207, 236. Die Generalklausel § 176 ist im Vergleich zu den AG ChinZR-1986 vereinfacht formuliert.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gen, (2) Behebung von Behinderungen, (3) Beseitigung von Gefahren, (4) Rückgabe von Vermögensgegenständen, (5) Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes, (6) Reparatur, erneute Herstellung, Austausch, (7) fortgesetzte Erfüllung,[144] (8) Schadensersatz, (9) Zahlung von Vertragsstrafe, (10) Beseitigung von negativen Auswirkungen und Wiederherstellung des guten Rufs sowie (11) Entschuldigung.[145] Mit § 179 Abs. 2 eröffnet das ZGB wegweisend die Möglichkeit des Strafschadensersatzes in Sondergesetzen.[146] Die vertragliche Haftung ergibt sich aus dem Vertragsrecht.[147] Die damit zusammenhängenden materiellen und prozessualen Fragen, wie z.B. die Zurechnung zivilrechtlicher Haftung, die Klagebefugnis und die Beweislastverteilung usw. richten sich ebenfalls nach dem allgemeinen Zivilrecht und Zivilprozessrecht.

Vier Jahre nach Inkrafttreten des AMG verkündete das Oberste Volksgericht Chinas die OVG-AMG-Bestimmungen, die am 1. Juni 2012 in Kraft traten.[148] Zu der Rechtsverbindlichkeit der juristischen Auslegungen durch das OVG hat sich die Legislative nicht deutlich erklärt.[149] Festzuhalten ist aber, dass in der Gerichtspraxis den juristischen Auslegungen eine vergleichbare rechtliche Wirkung wie dem geltenden Gesetz selbst beigemessen wird.[150] Jedenfalls kommt den OVG-AMG-Bestimmungen in der

---

Näheres zu dem Vergleich der Regelungen der Zivilhaftung zwischen den beiden allgemeinen Teilen des Zivilrechts, siehe *Bu*, ZChinR 2017, 183, 198f.

144 Neu hinzugefügte Form in § 179 Abs. 1 ZGB im Vergleich zu AG ChinZR-1986.

145 Vgl. Übersetzung des ZGB von *Ding/Klages/Leibküchler/Pissler*, ZChinR 2020, 207, 236f.; Übersetzung der AG ChinZR-1986 von *Münzel. Münzel,* Chinas Recht, III.7, 12.3.86/1, im Internet abrufbar unter: http://www.chinas-recht.de/zivilrecht.htm.

146 Zum Strafschadensersatz im chinesischen Recht siehe weiter unten S. 97f.

147 Maßgebend war das Vertragsgesetz der Volksrepublik China. Es wurde im Zivilgesetzbuch kodifiziert und tritt mit Wirkung vom 1.1.2021 außer Kraft.

148 Mit dem Inkrafttreten des neuen Antimonopolgesetzes hat auch die Überarbeitung der OVG-AMG-Bestimmungen begonnen. Siehe oben Fn. 2.

149 Gemäß § 32 Volksgerichtsorganisationsgesetz der VR China ist das Oberste Volksgericht befugt, Auslegungen zu der konkreten Anwendung der Rechtsnormen im Gerichtsverfahren zu erlassen. Nach § 104 Abs. 1 Gesetzgebungsgesetz der VR China muss sich die juristische Auslegung auf die konkreten gesetzlichen Vorschriften richten und mit dem Zweck und den Grundsätzen des Gesetzes sowie mit dem Willen des Gesetzgebers in Einklang stehen.

150 Gemäß § 6 Bestimmungen des Obersten Volksgerichts über die juristische Auslegung (OVG-juristische Auslegung-Bestimmungen) ist die „Bestimmung" eine Art von juristischen Auslegungen, „die gemäß dem Geist der Gesetzgebung eine für die Rechtsprechungstätigkeit erforderliche Normierung, Ansicht oder andere Auslegung enthalten." Siehe Übersetzung von *Ahl*, ZChinR 2007, 322. Laut § 5 OVG-juristische Auslegung-Bestimmungen, die vom OVG selbst erlassen werden, haben die von

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

privaten Durchsetzung eine sehr wichtige Rolle zu, da sie einerseits den Inhalt der zivilrechtlichen Haftung des § 60 Abs. 1 AMG ergänzen und andererseits die verfahrensrechtlichen Fragen, insbesondere über die Zuständigkeit und die Beweislast, verdeutlichen. In diesem Sinne bilden die OVG-AMG-Bestimmungen zusammen mit § 60 Abs. 1 AMG die rechtliche Grundlage der privaten Durchsetzung des Antimonopolrechts.

Obwohl § 60 Abs. 1 AMG nach seinem Wortlaut voraussetzt, dass die monopolisierende Verhaltensweise anderen einen Schaden zufügt, sollte die zivilrechtliche Haftung nicht auf Schadensersatz eingeschränkt werden. Basierend auf § 60 Abs. 1 AMG definiert § 1 OVG-AMG-Bestimmungen die zivilrechtlichen Streitigkeiten aufgrund monopolisierender Verhaltensweisen als solche, die sich aus einer Schädigung durch wettbewerbswidriges Verhalten oder aus den kartellrechtswidrigen Verträgen und Verbandssatzungen ergeben. Ferner konkretisieren die OVG-AMG-Bestimmungen die zivilrechtliche Haftung durch § 14 und § 15, wobei § 14 die Deliktshaftung und § 15 die vertragliche Haftung regelt. Der Anspruch auf Einstellung der Verletzungen[151] und Schadensersatz besteht gemäß § 14 OVG-AMG-Bestimmungen, wenn der Beklagte dem Kläger einen Schaden durch monopolistisches Verhalten zugefügt hat. Die Verträge und Satzungen von Verbänden, die gegen Vorschriften des AMG oder gegen zwingende Vorschriften anderer Gesetze oder Verwaltungsverordnungen verstoßen, werden nach § 15 OVG-AMG-Bestimmungen vom Volksgericht für unwirksam erklärt. Deshalb können Abwehransprüche, Schadensersatzansprüche und vertragliche Ansprüche im Wege der kartellrechtlichen Zivilklage geltend gemacht werden. Außerdem enthalten die OVG-AMG-Bestimmungen einige Vorschriften über Beweiserleichterungen für den Kläger. Diese juristische Auslegung wird deshalb generell als klägerfreundlich angesehen. Einige in der Praxis aufgetretene Unklarheiten in Bezug auf die Haftungsformen, die zivilrechtlichen Rechtsfolgen bei Zuwiderhandlung gegen das AMG, die Beweisführung sowie die Beweislastverteilung, die Gerichtszuständigkeit und die Verjährung sind durch diese juristische Auslegung einigermaßen bereinigt worden. Allerdings werden viele Fragen und Probleme in Bezug

ihm verfassten juristischen Auslegungen Gesetzeswirkung, was aber bisher weder von dem Gesetzgebungsgesetz noch von dem Ständigen Ausschuss des Nationalen Volkskongresses, der die Autorität für die Gesetzesauslegung hat, explizit anerkannt wird. Näheres dazu vgl. *Ahl*, ZChinR 2007, 251, 253f; *Wang, Cheng*, ZWFX 28 (2016), 263, 263–279.

151 Einstellung der Verletzungen als eine der Haftungsformen im chinesischen Zivilrecht wird unter Kapitel § 4 weiter erörtert.

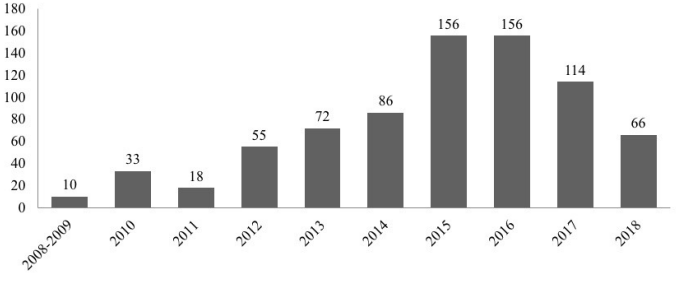
https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

auf den Kreis der Anspruchsberechtigten, die Beweislastverteilung, den Schadensumfang und die Schadensermittlung nach wie vor nicht hinreichend klar in den OVG-AMG-Bestimmungen beantwortet und bedürfen weiterer Auslegung durch die Rechtsprechung.

b. Gerichtliche Entwicklung

Eine Übersicht zur Anzahl der jährlichen erstinstanzlichen Neuzugänge von kartellrechtlichen Zivilklagen bis 2018 findet sich in der Abbildung 1.1. Die Daten stammen aus dem Jahresbericht über den Stand des Rechtsschutzes des geistigen Eigentums (von 2009 bis 2018). Der Bericht wurde im Jahr 2009 erstmals vom Obersten Volksgericht erstellt und danach jährlich bekanntgegeben. Im Jahresbericht für 2009 wurde die Anzahl der Neuzugänge von kartellrechtlichen Zivilklagen von 2008 seit dem Inkrafttreten des AMG bis zum Jahr 2009 zusammengerechnet. Die Anzahl der Neuzugänge von kartellrechtlichen Zivilklagen wird in dem Bericht seit 2019 nicht mehr angegeben.

Abbildung 1.1: Anzahl der jährlichen Neuzugänge in Kartellsache vor Zivilgerichten (2008–2018)



Datenquelle: Stand des Rechtsschutzes vom geistigen Eigentum (jährlicher Bericht von 2009 bis 2018), das Oberste Volksgericht.

In den ersten zwei Jahren nach dem Erlass des AMG stellte sich die Kartellverfolgung und Missbrauchsaufsicht von Seiten der Behörden als verhalten dar. Infolge der weltweiten Finanzkrise im Jahr 2008 wurde der Aufrechterhaltung des nachhaltigen Wirtschaftswachstums durch die Innenpolitik Priorität eingeräumt. Darüber hinaus gehörten die drei Vollzugsbehörden für das Antimonopolgesetz jeweils zu drei Ministerien, unterlagen der Ver-

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

waltung der Ministerien und mussten sich mit den Aufgaben anderer Abteilungen abstimmen. In der damaligen besonderen wirtschaftlichen Situation war es daher für die drei Vollzugsbehörden schwierig, das Antimonopolgesetz unabhängig durchzusetzen und auf das Verhältnis zwischen Industriepolitik und Wettbewerbsschutz einzugehen. Vor diesem Hintergrund waren sie im Hinblick auf eine strenge behördliche Durchsetzung des AMG sehr zurückhaltend.[152] Im Kontrast zu dieser behördlichen Kartellverfolgungspraxis wurden in den ersten zwei Jahren erstaunlich viele private Klagen vor Gericht eingereicht. Jedoch scheiterte ein großer Teil der Klagen daran, dass viele Klage von Anfang an nicht vom Gericht angenommen, anhängige Klagen teilweise durch die Kläger zurückgenommen und teilweise vom Gericht zurückgewiesen wurden. Bis Ende 2010 wurde kein Urteil zu Gunsten des Klägers verkündet. Dies führte zu einem Rückgang der Anzahl der Neuzugänge vor Gericht im Jahr 2011. In den ersten fünf Jahren seit dem Inkrafttreten des AMG wurden insgesamt 61 Klagen bei Gericht anhängig gemacht.

Nach dem Erlass der OVG-AMG-Bestimmungen im Jahr 2012 ist die Anzahl von kartellrechtlichen Zivilklagen allmählich wieder gestiegen. Allein im Jahr 2012 wurden 55 Klagen vor Gericht eingereicht. In den Jahren 2015 und 2016 stieg die Klageanzahl im Vergleich zu den vergangenen Jahren wesentlich an. Bei mehr als der Hälfte der Klagen handelte es sich aber um eine Reihe von Klagen vor den Volksgerichten in Beijing über die Streitigkeiten zwischen ZHENG Minjie (sowie mit ihm verbundene Personen und Unternehmen) und China Internet Network Information Center (CNNIC) (sowie die anhängigen Technologie-Unternehmen für Domainverwaltung)[153]. ZHENG und seine Unternehmen hatten eine Reihe von Anträgen für Domainregistrierung bei CNNIC und den Technologie-Unternehmen gestellt. Diese Anträge wurden ohne Begründung bzw. ohne hinreichende Begründung abgelehnt. Danach hat ZHENG das CNNIC sowie die anhängigen Unternehmen wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung in Form der Geschäftsverweigerung sowie wegen eines Verwaltungsmonopols verklagt.[154] Allerdings hat der Kläger den relevan-

152 *Wang, Xianlin/Ding, Guofeng*, FX 9 (2010), 28, 31.

153 CNNIC ist eine gemeinnützige Organisation, die im Juni 1997 als Vergabestelle für die länderspezifische Domain „.cn" gegründet wurde.

154 Der Klageantrag aufgrund des Verwaltungsmonopols wurde von dem Zivilgericht einst abgewiesen. Siehe Beijing IP-Sondergericht v. 26.12.2016, Az. Jing Zhi Min Chu Zi Nr. 1931 – *Xiangshan Jieda Network Technology Service Department vs. CNNIC*.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ten Markt und die marktbeherrschende Stellung im Verfahren überhaupt nicht nachgewiesen. Es könnte sein, dass die Einreichung einer großen Anzahl kartellrechtlichen Zivilklagen als Strategie für andere Zwecke verwendet wurde. Theoretisch wären die Fälle besser auf einen Missbrauch von Verwaltungsbefugnissen gestützt worden.[155] Hierfür hätte der Kläger aber einen anderen Rechtsweg abseits der Zivilklage beschreiten müssen. Laut einer Statistik eines Richters des IP-Senats beim Beijing Oberen Volksgericht betrug die Anzahl der eingegangenen Klagen von ZHENG 85 im Jahr 2015 und 64 im Jahr 2016.[156] Nach Abzug dieser Klagen kann festgestellt werden, dass sich die Klageanzahl in diesen zwei Jahren im Vergleich zur Vergangenheit nicht wesentlich verändert hat. Anhand der Jahresberichte über den Stand des Rechtsschutzes des geistigen Eigentums waren von 2008 bis 2018 insgesamt 766 erstinstanzliche kartellrechtliche Zivilklagen bei Volksgerichten eingegangen. Nach Angaben des OVG aus 2021 waren von 2018 bis 2020 insgesamt 158 Neuzugänge von kartellrechtlichen Zivilklagen (einschließlich der ersten und zweiten Instanz).[157] Aus der Abbildung 1.1 und den Statistiken geht hervor, dass die durchschnittliche jährliche Klageanzahl nach 2012 höher war als vor 2012, jedoch zeigt die jährliche Klageanzahl insgesamt keine steigende Tendenz. Erst im Jahr 2017 übersteigt die Anzahl der Neuzugänge tatsächlich zum ersten Mal die Marke von einhundert und verzeichnet damit den Höhepunkt.

Eine Übersicht der Anzahl der veröffentlichten Urteile kartellrechtlicher Zivilklagen bis 2021 findet sich in der Abbildung 1.2. Die Recherche nach gerichtlichen Urteilen wurde hauptsächlich mit der offiziellen online-Datenbank „China Judgements Online“[158] durchgeführt, die sämtlichen ge-

155 Bei CNNIC handelt es sich um eine Organisation i.S.d. § 32 AMG, die durch Gesetz oder Rechtsverordnungen mit Aufgaben der öffentlichen Verwaltungsfunktionen betraut und damit Adressat des Missbrauchsverbots von Verwaltungsbefugnissen ist. S. oben Fn. 153 und 154.

156 *Tao, Jun*, JZZCYJ 4 (2017), 35, 35.

157 Pressemitteilung des OVG vom 27.9.2021, das Oberste Volksgericht veröffentlicht typische Fälle zu Antimonopol und unlauteren Wettbewerb, https://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-324511.html. Auf der Pressekonferenz wurde bekannt gegeben, dass zwischen 2008 und 2020 insgesamt 897 kartellrechtliche Zivilklagen bei den Volksgerichten aller Ebenen eingegangen sind. Allerdings wurde nicht eindeutig angegeben, ob sich diese Daten ausschließlich auf die erste Instanz oder auf die erste und zweite Instanz gemeinsam beziehen. Siehe https://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-324521.html.

158 China Judgements Online (http://wenshu.court.gov.cn/) wird betrieben durch das OVG.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

richtlichen Entscheidungen und Beschlüssen enthält. Offiziell finden die Digitalisierung und Veröffentlichung der gerichtlichen Entscheidungen im Internet seit dem Jahr 2013 statt.[159] Alle Urteile des Obersten Volksgerichts und die wesentlichen Urteile von den restlichen ordentlichen und besonderen Volksgerichten, die vor 2014 gefällt wurden, wurden nachträglich in der zentralen Datenbank „China Judgements Online" gesammelt. Seit 2014 stehen alle gerichtlichen Entscheidungen, solange sie zur Veröffentlichung nicht ungeeignet sind, in der offiziellen Online-Datenbank zur Verfügung. Aus diesem Grund wurde das statistische Ergebnis für die Anzahl der Entscheidungen vor 2014 durch eine Recherche mit der Datenbank von PKU-Law ergänzt. Die abgeschlossenen Verfahren, die sowohl in erster Instanz als auch in der Berufungsinstanz in Form von Urteilen beendet worden sind, wurden separat erfasst. Die gerichtlichen Beschlüsse entscheiden hingegen Verfahrensfragen wie beispielsweise die Gerichtszuständigkeit und wurden daher nicht mitgerechnet. Die statistische Erfassung zählt nur diejenigen Klagen, die zu den bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten in Kartellsachen (chinesische: 垄断纠纷) i.S.d. OVG- Bestimmungen zu Gründen in Zivilfällen gehören.[160] Hierunter werden diejenigen Fälle eingeordnet, in denen die Kläger ihre Ansprüche auf das Antimonopolgesetz stützen.[161] Die Fälle, in denen sich die Parteien beispielsweise auf die Unwirksamkeit des Vertrags aufgrund eines Verstoßes gegen das AMG berufen haben, werden bisher überwiegend den Vertragsstreitigkeiten zugeordnet und daher nicht

159 Dies basiert auf den Bestimmungen des Obersten Volksgerichts über die Publikation von Entscheidungen im Internet, die im Jahr 2014 in Kraft traten und im Jahr 2016 geändert wurden.

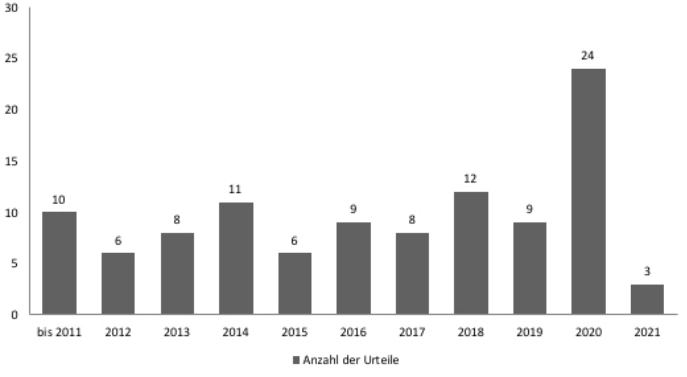
160 OVG-Bestimmungen zu Gründen in Zivilfällen (Englisch: Causes of civil actions), verkündet vom Obersten Volksgericht im Jahr 2008 und geändert im Jahr 2011. Die bei Gericht eingereichten Klagen werden nach dem Klagegrund anhand dieser OVG-Bestimmungen klassifiziert. In der alten Fassung der Bestimmungen zu Gründen in Zivilfällen wurden die Antimonopolstreitigkeiten zusammen mit anderen Streitigkeiten über unlauteren Wettbewerb als Klagegrund in einer Subkategorie unter Abschnitt 5 zugeordnet. Seit der Fassung aus dem Jahr 2011 sind die Antimonopolstreitigkeiten als eigenständige Subkategorie [16] unter Abschnitt 5, darunter die monopolisierenden Verhaltensweisen in drei Gruppen (Monopolvereinbarungen, Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung und Zusammenschlüsse von Unternehmen) von Nr. 166 bis Nr. 168 aufgelistet. Zur Übersetzung dieser Bestimmungen und insbesondere zum Abschnitt 5 siehe *Dong/Liu/Pißler*, S. 75.

161 Gerichtszuständigkeit gemäß §§ 2 bis 5 OVG-AMG-Bestimmungen.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

mitgerechnet.[162] Deher wäre die Zahl der Entscheidungen von kartellrechtlichen Zivilklagen tatsächlich höher, wenn alle Arten von Zivilklagen mit Bezug zu Kartellsachen zusammengerechnet würden.

Abbildung 1.2: Jährliche Anzahl von Urteilen in Kartellsachen (2008–2021)



Bis Ende des Jahres 2021 wurden insgesamt 106 Urteile in Kartellsachen verkündet. Die Urteile im Zusammenhang mit den Klagen von ZHENG Minjie gegen CNNIC hatten aus den oben genannten Gründen eine große Anzahl, wiesen ein hohes Maß an Wiederholungen auf[163] und wurden zum Teil nicht veröffentlicht. Außerdem gibt es vier weitere Urteile, bei denen es sich eindeutig nicht um kartellrechtliche Streitigkeiten handelte. Um die Entwicklung der jährlichen Urteile besser widergeben zu können, wurden diese Urteile nicht berücksichtigt. Die Anzahl der jährlichen veröffentlichten Entscheidungen steigt nicht mit der Anzahl der jährlichen Neuzugänge bei den Gerichten. Vermutlich wurden viele Klagen von den Klägern zurückgenommen, respektive viele Verfahren mit Vergleichen beigelegt. Die genaue Anzahl solcher Verfahren und der Grund für die geringe Entscheidungsanzahl kann indes nicht ermittelt werden.

Die größte Fallgruppe bilden mit etwa 74 % die Klagen gegen den Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung.[164] 28 Entscheidungen haben

162 Im Prinzip sind solche Fälle nach § 5 OVG-AMG-Bestimmungen an das zuständige Volksgericht für Kartellsachen zu verwiesen. Zur Berechnung solcher Fälle siehe unten in § 3 B.III.

163 Erklärung siehe oben S. 61f.

164 78 von 106 Entscheidungen betreffen den Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung als Streitgegenstand. Davon betreffen 9 vertikale und 19 horizontale Vereinbarungen. Im Jahr 2014 wurde die erste Follow-on-Klage vor dem Sondergericht für geistiges Eigentum in Beijing angehört.[165] Insgesamt haben die Volksgerichte über drei Follow-on-Klagen entschieden. Eine davon ist eine Widerklage.[166]

In den ersten Jahren waren Verbraucher sowie kleine und mittlere Unternehmen sehr aktiv, Klagen gegen große Unternehmen zu erheben. Die zwei bekanntesten Verfahren sind: LI Fangping gegen China Netcom (Beijing), das am Tag des Inkrafttretens des AMG eingereicht wurde[167], und ZHOU Ze gegen China Mobile, das sieben Monate später anhängig gemacht wurde. LI und ZHOU waren jedoch keine gewöhnlichen Verbraucher von Dienstleitungen und Produkten von China Netcom bzw. China Mobile, sondern beide waren als Rechtsanwälte tätig. Sie versuchten, das seit kurzem in Kraft getretene Antimonopolgesetz als neue „Waffe" gegen große Staatsunternehmen in der Telekommunikationsbranche einzusetzen, die seit langem eine unerschütterliche Marktmacht innehaben und diese missbraucht haben. Obwohl LI den Rechtsstreit verlor und ZHOU das Verfahren durch einen Vergleich beendete, erregten die zwei Fälle viel Aufmerksamkeit bei den großen Staatsunternehmen und, was noch wichtiger war, ermutigten sie Verbraucher sowie kleine und mittlere Unternehmen, mittels kartellrechtlicher Zivilklagen gegen monopolisierendes Verhalten vorzugehen.[168] In der Folge kam es zu einer Reihe von kartellrechtlichen Klagen gegen marktstarke Internetunternehmen und gegen Staatsunternehmen in den Bereichen wie Telekommunikation, Treibstoff, Transport und

165 Beijing IP-Sondergericht v. 31.12.2015, Az. (2014) Jing Zhi Min Chu Zi Nr. 146 – *TIAN Junwei vs. Carrefour* (erste Instanz). Am 2. August 2013 verhängte das NDRC Bußgelder gegen Abbott Laboratories, einen Hersteller für Milchpulverprodukte, weil Abbott durch vertikale Preisbindung gegen § 14 AMG a.F. verstieß. TIAN behauptete, dass Carrefour als Vertreiber mit Abbott überhöhte Preise für Milchpulver abgesprochen habe.

166 Die andere zwei sind: 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); Mittleres Volksgericht der Stadt Xi'an der Shaanxi Provinz v.13.8.2020, Az. (2020) Shaan 01 Zhi Min Chu Nr. 509 – *Yan'an Jiacheng Concrete Co., Ltd. v. Fujian Sanjian Engineering Co., Ltd.* Die letztere ist eine Widerklage.

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

168 Vgl. die Aussage eines Richters am OVG: „Die Klagen, die von echten Geschädigten zum Schutz ihrer eigenen wirtschaftlichen Interessen erhoben werden, haben in den letzten Jahren zugenommen. *Wang, Chuang*, JZZCYJ 2 (2016), 6.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Medizin. Insbesondere in der Internetbranche ist die private Kartellrechtsdurchsetzung der behördlichen Kartellverfolgung und Missbrauchsaufsicht einen Schritt voraus.[169] Hinsichtlich kartellrechtlicher Streitigkeiten zwischen SEP-Inhabern und SEP-Lizenznehmern hat das chinesische Volksgericht eine gleichlaufende Entscheidungspraxis mit der EU und den USA.[170]

Während der zehnjährigen Anwendung des Antimonopolgesetzes gab es einige aussagekräftige Urteile. Insbesondere das Jahr 2013 war ein bedeutsames Jahr für die private Rechtsdurchsetzung in China. In diesem Jahr wurden einige der wichtigsten Entscheidungen verkündet:

1. Die erste Entscheidung zu Gunsten eines Klägers, gleichzeitig der erste Fall über vertikale Absprache: *Rainbow vs. Johnson & Johnson*;[171]
2. Das erste Verfahren betreffend den Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung eines SEP-Inhabers: *Huawei vs. IDC*;[172]
3. Die erste Entscheidung über den Missbrauch von Marktmacht auf dem Internetmarkt: *Qihoo vs. Tencent* (letzte Instanz beim OVG in Oktober 2014);[173]
4. Die erste Entscheidung über Kopplungsgeschäfte mit vollständiger Begründung der Marktabgrenzung, der beherrschenden Marktstellung und der Tatbestände des Missbrauchs: *WU Xiaoqin vs. Shaanxi Broadcast & TV Network Intermediary* (Revision beim OVG in Mai 2016)[174].

Die letztinstanzlichen Entscheidungen des OVG in den Rechtssachen *Qihoo vs. Tencent* und *WU Xiaoqin vs. Shaanxi Broadcast & TV Network Intermediary* wurden vom OVG als Leitentscheidungen Nr. 78 bzw. Nr. 79

169 Beispielsweise Shanghai Oberes Volksgericht v. 15.12.2009, Az. (2009) Hu Gao Min San (Zhi) Zhongzi Nr. 135 – *Sursen vs. Shanda* (letzte Instanz); Beijing Oberes Volksgericht v. 30.4.2015, Az. (2015) Gao Min (Zhi) Zhongzi Nr. 1035 – *Beijing Mishi Technolody Vs. Qihoo* (letzte Instanz); Oberes Volksgericht der Guangdong Provinz v. 20.3.2013, Az. (2011) Yue Gao Fa Min San Chuzi Nr. 2 – *Qihoo vs. Tencent* (erste Instanz). Bis zum Ende 2019 wurde keine Ermittlungen durch Wettbewerbsbehörden in der Internetbranche eingeleitet.

170 Das Huawei vs. IDC Verfahren. Dazu siehe unten § 5 D.I.2.b.

171 Shanghai Oberes Volksgericht v. 1.8.2013, Az. (2012) Hu Gao Min San (Zhi) Zhongzi Nr. 63 – *Rainbow vs. Johnson & Johnson* (letzte Instanz).

172 Oberes Volksgericht der Guangdong Provinz v. 16.10.2013, Az. (2013) Yue Gao Fa Min San Zhongzi Nr. 305 – *Huawei vs. IDC* (letzte Instanz).

173 Oberes Volksgericht der Guangdong Provinz v. 20.3.2013, Az. (2011) Yue Gao Fa Min San Chuzi Nr. 2 – *Qihoo vs. Tencent* (erste Instanz); OVG v. 8.10.2014, Az. (2013) Min San Zhong Zi Nr. 4 – *Qihoo vs. Tencent* (letzte Instanz).

174 Oberes Volksgericht der Shaanxi Provinz v. 12.9.2013, Az. (2013) Shaan Min San Zhongzi Nr. 00038 – *WU Xiaoqin vs. Shaaxi Radio* (Berufungsinstanz).

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

eingestuft.[175] Dies bedeutet, dass sich die Volksgerichte aller Ebenen auf die Kernpunkte der Entscheidungsgründe der relevanten Leitentscheidungen beziehen sollten, wenn der grundlegende Sachverhalt und die Rechtsanwendung des behandelten Falls mit den Leitfällen vergleichbar sind.[176] Die vier oben genannten Entscheidungen und ihre nachfolgenden Berufungen und Revisionen haben in vielerlei Hinsicht einen großen Einfluss auf die Auslegung des AMG und die Praxisentwicklung, sowohl im positiven als auch im negativen Sinne. Diese wird weiter unten in den entsprechenden Teilen der vorliegenden Arbeit näher diskutiert.

Trotz der oben genannten positiven Seiten der Praxisentwicklung der privaten Durchsetzung sind auch die Mängel und Schwächen offensichtlich. Erstens ist die Anzahl der veröffentlichten Entscheidungen relativ gering und nur wenige davon sind von hoher Qualität. Viele Fragen, die das Gesetz und die OVG-AMG-Bestimmungen offenlassen, bleiben weiter unbeantwortet. Dies schränkt die Funktion der Volksgerichte bei der Rechtsanwendung des AMG leider ein. Zweitens gibt es nur wenige Schadensersatzklagen, die von hohem Streitwert sind, und die klägerische Erfolgsrate ist sehr niedrig. Die Opfer von wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen haben ihre erlittenen Schäden nicht ersetzt bekommen, geschweige denn, dass die Marktteilnehmer hierdurch von wettbewerbswidrigen Praktiken abgeschreckt worden wären. Drittens fehlt es an konzentrierten Aussagen für spezifische Branchen, da sich die Klagen auf verschiedene Branchen erstrecken. Außerdem beziehen sich die Klagen überwiegend auf missbräuchliche Verhaltensweisen aufgrund einer marktbeherrschenden Stellung, während sich nur wenige Klagen gegen monopolisierende Vereinbarungen richten.

175 S. Mitteilung des Obersten Volksgerichts zur Bekanntmachung der 16. Gruppe von anleitenden Fällen vom 6.3.2017, Fa [2017] Nr. 53, abgedruckt in Amtsblatt des Obersten Volksgerichts 2017 (10).

176 Aufgrund der Bestimmungen vom Obersten Volksgericht: §§ 9 und 10 Maßnahmen für einheitliche Rechtsanwendung vom 1.12.2021, §§ 10 und 11 Durchführungsbestimmungen für die Umsetzung der Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Arbeit der Anleitung mit Fällen vom 27.4.2015 und §§ 2 und 7 Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Arbeit der Anleitung mit Fällen vom 26.11.2010. Nach diesen Bestimmungen sind die Leitentscheidungen als Begründungsgrundlage zu berücksichtigen und anzuführen, dürfen aber nicht als Grundlage für die Verurteilung dienen. Das zuständige Volksgericht muss in seinem Urteil erläutern, ob es die Rechtsanwendungsmaßstäbe der Leitentscheidungen übernimmt. Die deutsche Übersetzung für Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Arbeit der Anleitung mit Fällen siehe *Pißler*, ZChinR 2012, 33–34.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die Rechtsgrundlage und der rechtliche Rahmen für die private Durchsetzung des Antimonopolrechts sind zwar bereits vorhanden. Andererseits spielt die private Durchsetzung bisher trotz gewisser positiver Auswirkungen nur eine untergeordnete Rolle im gesamten System der Wettbewerbsrechtsdurchsetzung in China und ist völlig unterentwickelt. Angesichts des oben dargestellten Stands der behördlichen Durchsetzung muss man zu dem Schluss kommen, dass das System noch weit davon entfernt ist, eine wirksame Durchsetzung des Antimonpolrechts zu erreichen.

V. Fazit: Begründung für eine vergleichende Untersuchung

Trotz unterschiedlicher materieller Wettbewerbsrechte in verschiedenen Ländern stößt die jeweilige private Durchsetzung während ihrer Entwicklung auch auf gemeinsame Fragen und ähnliche Schwierigkeiten. Einige Lösungen, die im nationalen Recht entwickelt wurden und sich als effizient erwiesen haben, können wahrscheinlich auch in ausländischen Rechtsordnungen funktionieren, einige hingegen nicht. Zweck einer rechtsvergleichenden Untersuchung ist es nicht lediglich, die Unterschiede und Gemeinsamkeiten des anwendbaren Rechts für die private Durchsetzung in verschiedenen Ländern darzustellen, sondern vor allem, die Gründe für solche Durchsetzungen herauszuarbeiten. Bei der rechtsvergleichenden Untersuchung werden vor allem die jeweilige Rechtskultur und -tradition, das dort anzutreffende Modell des Wettbewerbsrechts und der Wettbewerbspolitik sowie das Durchsetzungssystem des Wettbewerbsrechts berücksichtigt. Die auftretenden Probleme sowie ihre Ursachen und die entsprechenden Lösungsansätze können sich aufgrund der unterschiedlichen Entwicklungsstadien der privaten Durchsetzung in den jeweiligen Ländern unterscheiden. Aus dem obigen Überblick der Entwicklung privater Rechtsdurchsetzung geht hervor, dass sich China im Anfangsstadium der privaten Durchsetzung befindet und eher mit dem Entwicklungspfad der EU und Deutschlands vergleichbar ist. Obwohl das US-System zur Durchsetzung des Antitrustrechts das Paradebeispiel der privaten Kartellrechtsdurchsetzung ist,[177] wird eine vergleichende Untersuchung zwischen China, der Europäischen Gemeinschaft und Deutschland aus folgenden Gründen für sinnvoller erachtet als eine vergleichende Untersuchung mit den USA.

177 Vgl. *C. Jones*, Private enforcement in the EU, UK and USA, S. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Bereits im Sherman Act wird der Dreifachschadensersatz sowohl zu Abschreckungs- als auch zu Kompensationszwecken verankert. In der Erfolgsgeschichte von Antitrust-Zivilklagen haben das Discovery-Verfahren und die *class action* eine erkennbare Spur hinterlassen. Außerdem stellt die Entwicklung der privaten Durchsetzung unter dem starken Einfluss der Wettbewerbspolitik, des Supreme Court und des Wandels ökonomischer Theorien einen sehr unterschiedlichen Entwicklungsprozess dar, der sich von dem in anderen Ländern erheblich unterscheidet. Die Frage, ob die private Durchsetzung etabliert und verstärkt werden sollte, war kaum ein viel diskutiertes Problem in den USA. Stattdessen hat die Debatte über das Für und Wider des Dreifachschadensersatzes nie aufgehört. Die Vermeidung von „Sham Litigation" (Missbrauch von Dreifachschadensersatzklagen) hat sich zu einem der Hauptprobleme entwickelt. Die Erfahrungen mit privater Durchsetzung in den USA sind untrennbar mit den spezifischen Rechtsrahmenbedingungen und der Klagekultur verbunden, die in der EU, Deutschland und China fehlen.

Vor dem Erlass der EU-Schadensersatzrichtlinie wurde innerhalb der EU ein Jahrzehnt lang diskutiert, wie die private Rechtsdurchsetzung gestärkt werden sollte. Während des Konsultationsprozesses wurden auch das US-amerikanische Durchsetzungssystem und die Erfahrungen in Bezug auf Schadensersatzklagen in Betracht gezogen. Jedoch war der Richtliniengeber aufgrund der US-Erfahrungen sehr zurückhaltend. So hat die EU-Kommission einst geäußert, dass der Strafschadensersatz in Kombination mit *contigency fees*, *class action* mit *opt-out* Option und *pre-trial discovery* als „toxic cocktail" zu bewerten sei.[178] Bislang sind die Offenlegung von Beweismitteln im Vorverfahren und die Sammelklagen zur privaten Kartellrechtsdurchsetzung, wie sie in der Rechtspraxis der USA zu finden sind, in Kontinentaleuropa und in China immer noch mit erheblichen rechtlichen Hindernissen verbunden.

Das AMG wurde Im Laufe der Gesetzesberatungen erheblich von der Wettbewerbsordnung in der Europäischen Union und in Deutschland beeinflusst. Aber auch das amerikanische Antitrustrecht und die amerikanischen Wissenschaftler spielten bei der Entstehungsphase des AMG eine tragende Rolle. Schließlich hat das AMG nicht das amerikanische Antitrust-Model, sondern das EU-Modell übernommen. Das Wettbewerbs-

178 EU-Kommission, Green paper on consumer collective redress – questions and answers, 27.11.2008, MEMO/08/741, S. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

recht nach dem EU-Modell wird hauptsächlich durch die Vollzugsbehörden durchgesetzt. Der Grund für das Bestehen privater Durchsetzung war ursprünglich, das Recht der einzelnen Person auf Ersatz für den durch eine Zuwiderhandlung verursachten Schaden sowie das Recht auf zivilrechtliche Rechtsmittel gegen die Zuwiderhandlung zu gewährleisten. Letztlich wird das subjektive Recht für die Zwecke der Durchsetzung des objektiven Unionswettbewerbsrechts instrumentalisiert.[179] Neben dem Schadensersatzanspruch wurden in Deutschland und China Abwehransprüche gegen Kartellrechtsverstöße bereits von Anfang an anerkannt und haben eine unentbehrliche Rolle gespielt, was in den USA nicht der Fall ist.

Im Laufe der Entwicklung der privaten Durchsetzung haben sich in der EU, Deutschland und China einige gemeinsame Anliegen herausgebildet. Namentlich: Wie können Privatpersonen zur Schadensersatzklage besser motiviert werden; wie können private und öffentliche Durchsetzung besser koordiniert werden; wie kann eine vollständige Entschädigung sichergestellt werden; und ob die Abschreckung als Ziel der privaten Durchsetzung festgelegt werden sollte. China ist mit einigen Schwierigkeiten und Problemen konfrontiert, die in gleicher Weise bereits in der EU und in Deutschland vorgekommen sind.

Die sehr effektive Durchsetzungsform durch Antitrust-Zivilklagen in den USA hat immer noch einen hohen Referenzwert für die Entwicklung der privaten Durchsetzung in der EU, Deutschland und China. Die amerikanischen Lösungsansätze müssen bei einem Rechtsvergleich jedoch mit besonderer Vorsicht im Hinblick auf das Rechtssystem und die eigenständige Rechtskultur berücksichtigt werden. Auch bei einem Vergleich der privaten Durchsetzung in der EU, Deutschland und China ist die Tatsache zu beachten, dass die Ursachen und Lösungen der konkreten Probleme trotz vieler Gemeinsamkeiten immer noch von den unterschiedlichen Rechtssystemen, Wettbewerbspolitiken und Rechtskulturen beeinflusst werden.

179 Vgl. *Roth*, in: FS Huber (2006), S. 1133, 1135. Nach der Auslegung der *Courage*-Entscheidung von *Brinker* und *Balssen* ist der Schadensersatzanspruch des Einzelnen bloß ein strategisches Werkzeug der Rechtsdurchsetzung, siehe *Brinker/Balssen*, in: FS Bechtold (2006), S. 69, 75. Erläuterung der EuGH-Rechtsprechung siehe weiter unten S. 89f.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

B. Begriff der privaten Kartellrechtsdurchsetzung

In den USA gilt traditionell die Schadensersatzklage als Hauptform der Durchsetzung des Antitrustrechts. Erst im Kontext des europäischen, deutschen und chinesischen Wettbewerbsrechts, die sich durch eine starke behördliche Durchsetzung auszeichnen, ist es lohnenswert, das Konzept der privaten Durchsetzung hervorzuheben, dessen Inhalt über das des amerikanischen Rechts hinaus geht.

Die private Durchsetzung des Wettbewerbsrechts lässt sich zunächst als Gegensatz zur öffentlichen Durchsetzung durch die Wettbewerbsbehörden darstellen. Allerdings wird nicht jede Verfolgung eines Wettbewerbsrechtsverstoßes durch Privatpersonen von dem Begriff der privaten Rechtsdurchsetzung in der vorliegenden Arbeit umfasst. Beispielsweise werden Beschwerden gegen Beschlüsse der Wettbewerbsbehörden und kartellrechtliche Schiedsverfahren für die Zwecke dieser Arbeit nicht als Teil der privaten Durchsetzung angesehen.[180] Unter privater Rechtsdurchsetzung wird vorliegend die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts durch Privatperson mittels zivilrechtlicher Klagen aufgrund eines Wettbewerbsrechtsverstoßes verstanden.[181]

Die private Kartellrechtsdurchsetzung soll nicht mit kartellrechtlichen Schadensersatzklagen gleichgesetzt werden. Das Wettbewerbsrecht kann von Privatpersonen zivilrechtlich auf zwei Arten geltend gemacht werden, nämlich sowohl defensiv als Einwendung als auch offensiv als Anspruchsgrundlage.[182] Einerseits kann das Wettbewerbsrecht defensiv als „Schild" den vertraglichen Ansprüchen entgegengehalten werden, etwa dergestalt, dass ein Vertrag aufgrund eines Wettbewerbsverstoßes nichtig ist. Andererseits kann das Wettbewerbsrecht Schadensersatz-, Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche begründen und somit offensiv als „Schwert" gebraucht

180 Zu den Vor- und Nachteilen einer umfassenden Begrifflichkeit der privaten Durchsetzung des Kartellrechts, siehe *Lahme*, S. 18.

181 *Hempel*, Privater Rechtsschutz, S. 21. Vgl. EU-Kommission, Grünbuch, S. 4; Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen zu Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts (Annex zu Grünbuch), SEC (2005) 1732, S. 7; Erwägungsgründe 3 und 6 der RL 2014/104/EU. Vgl. auch die Definition bei *Lahme*, S. 18. Die private Durchsetzung lässt sich nicht aus der Sicht des Subjekts, sondern so verstehen, dass „Rechtssätze des […] Kartellrechts im Rahmen zivilprozessualer Klagen geltend gemacht werden." In der chinesischen Literatur siehe *Wang, Jian,* FSYJ 118 (2007), 104; *Dai, Bin,* Anti-monopoly litigation, S. 11.

182 BKartA, Private Kartellrechtsdurchsetzung – Stand, Probleme, Perspektiven, S. 2; statt vieler *Lahme*, S. 18ff.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

werden. Die natürlichen und juristischen Personen, die durch einen Wettbewerbsrechtsverstoß einen Schaden erlitten haben, können eine Schadensersatzklage erheben. Außerdem können Privatpersonen Abwehransprüche geltend machen, wenn eine fortdauernde Beeinträchtigung durch einen Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht vorliegt oder wenn eine erstmalige oder wiederholte Zuwiderhandlung droht. Je nach der Art der betreffenden Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht kann auch der Anspruch auf Belieferung oder auf Aufnahme in ein Vertriebsnetz als eine konkrete Form der Abwehransprüche geltend gemacht werden.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

§ 2 Zielsetzungen der privaten Durchsetzung

Ob die private Durchsetzung parallel zur öffentlichen Durchsetzung des Wettbewerbsrechts etabliert werden sollte, steht in der gegenwärtigen Diskussion nicht mehr zur Debatte. Vielmehr wird diskutiert, ob die private Durchsetzung als Teil des Durchsetzungssystems des Wettbewerbsrechts allein auf die Kompensation des einzelnen Geschädigten oder zusätzlich auch auf die Abschreckung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen abzielen soll. Da die Ausgestaltung der Regeln und die Entfaltung der privaten Rechtsdurchsetzung stark von der Zielorientierung abhängen, ist diese Frage zu klären, bevor die kartellzivilrechtlichen Ansprüche im Einzelnen untersucht werden.

Im Folgenden wird zunächst die ökonomische Grundlage für die Diskussion der Zielorientierung dargestellt. Die durch die wettbewerbsbeschränkenden Praktiken verursachten Schadenswirkungen sind sowohl in ihrem Ausmaß als auch in ihrem Spektrum sehr beträchtlich und die schädlichen Folgen lassen sich nur langsam oder gar nicht mehr beheben, so dass es sowohl eines ex-post-Schadensersatzes als auch einer ex-ante-Intervention gegen solche Praktiken bedarf (hierzu unter A.I. und A.II.). Dann wird die Theorie der Rechtsdurchsetzung geschildert, wobei der Abschreckungsgedanke im Vordergrund steht. Dabei werden die Faktoren, insbesondere die Durchsetzungskosten, erklärt, die eine Nutzungsmaximierung der Rechtsdurchsetzung beeinflussen können (hierzu unter A.III.).

In Abschnitt B wird die Zielausrichtung der privaten Rechtsdurchsetzung in der EU, Deutschland und China jeweils aus rechtlicher Sicht ermittelt. Die betrachteten Rechtsordnungen haben grundsätzlich nur ein einziges Kompensationsziel festgelegt. Anschließend werden die wesentlichen Bedenken gegen die Verfolgung des Abschreckungsziels zusammengefasst.

Schließlich wird in Abschnitt C für die Festlegung des Abschreckungszwecks unter vier Gesichtspunkten argumentiert. Erstens folgt aus der vorhergehenden ökonomischen Analyse der Schadenswirkung, dass die Verfolgung des Kompensationszwecks durch volle Entschädigung in Wirklichkeit Defizite aufweist, welche durch die zusätzliche Abschreckungszielorientierung aufgelöst werden könnten. Zweitens wird mithilfe der Theorie der Rechtsdurchsetzung untersucht, wie die Verstärkung der privaten Durchsetzung mittels der Verfolgung des Abschreckungszwecks durch die hier-

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

aus resultierende effizienzsteigernde Wirkung gerechtfertigt werden könnte. Drittens wird der Einwand der Missbrauchsgefahr durch Strafschadensersatzklagen widerlegt. Schließlich wird viertens für die EU, Deutschland und China erörtert, dass der Abschreckungszweck anerkannt werden könnte.

A. Ökonomische Grundlagen

I. Schadenswirkung von Kartellen

1. Schadensarten aus volkswirtschaftlicher Sicht

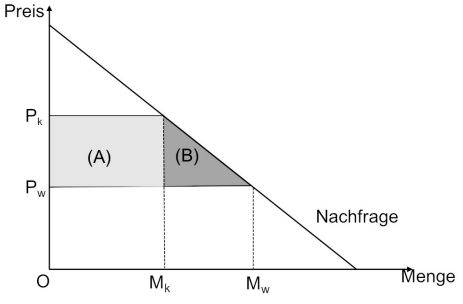
Typischerweise führt ein Preis- oder Quotenkartell zu höheren Preisen auf dem Markt, als sie sich unter einem kartellfreien Wettbewerb etablieren würden. Die Abnehmer der Kartellanten müssen einen Preisaufschlag für jede Produkteinheit zahlen (Preiseffekt). Zusätzlich geht die Nachfrage nach dem kartellierten Produkt aufgrund der Preiserhöhung zurück (Mengeneffekt). Die aus Preiseffekt und Mengeneffekt resultierende Schadenswirkung lässt sich anhand von Abbildung 2.1 in vereinfachter Form illustrieren. P_w bezeichnet den Wettbewerbspreis, der ohne Kartell auf dem Markt mit vollständigem Wettbewerb geherrscht hätte und entspricht den Grenzkosten. M_w bezeichnet die Menge, die bei vollständigem Wettbewerb nachgefragt worden wäre. Im Rahmen der inversen Nachfragefunktion wird zu einem Preis P_w die Menge M_w abgesetzt. Setzt das Kartell einen überhöhten Preis P_k an, führt dies zu einem Rückgang der nachgefragten Menge von M_w auf M_k. Das Rechteck (A) stellt den Wert dar, der aufgrund eines Kartellverstoßes von dem Verbraucher zu den Kartellanten transferiert wird. (A) stellt einen Schaden für die Verbraucher dar, der sich aus dem kartellbedingten Preisaufschlag P_k–P_w je Produkteinheit ergibt. Zugleich ist (A) der Mehrerlös der Kartellanten. Aus volkswirtschaftlicher Sicht handelt es sich dabei um einen reinen Transfer von Konsumentenrente zu Produzentenrente.[183] Das Dreieck (B) repräsentiert den Nutzwert, auf den die Verbraucher verzichtet haben. Sie hätten das Produkt zum Preis P_w gekauft, haben aber infolge der Preiserhöhung auf P_k von einem Kauf abgesehen. Das Dreieck (B) wird in der Volkswirtschaft als allokativer Wohlfahrt- bzw. Effizienzverlust (bzw. auf Englisch: Deadweight loss)

183 Mehr zur Konsumentenrente s. *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 32.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bezeichnet.[184] Aufgrund des Kartells wird der Tauschgewinn beim Preis zwischen P_w und P_k nicht ausgeschöpft, welcher der Gesellschaft insgesamt unwiederbringlich verloren geht.[185] Der Gesamtschaden für die Verbraucher setzt sich daher aus dem Schaden aus dem Preisaufschlag (A) und dem Effizienzverlust (B) zusammen.

Abbildung 2.1: Deadweight loss



Das Kartell verursacht einen direkten Preisüberhöhungsschaden für die Kunden, der sich aus den zusätzlichen Kosten für jede abgesetzte Einheit des kartellierten Produkts zum überhöhten Preis ergibt. Wenn es nicht direkt um die Endverbraucher, sondern um die Händler oder die produzierenden Unternehmen geht, die das kartellierte Produkt weiterveräußern oder als Input verwenden, erhöhen sie ihren eigenen Preis und geben den kartellbedingten Preisaufschlag ganz oder teilweise an die nächste Absatzstufe (bzw. den Endverbraucher) weiter (Pass-on-Effekt).[186] Die Höhe des Schadens für die mittelbaren und unmittelbaren Abnehmer von Kartellen hängt somit von dem Umfang der Weiterwälzung ab.

Der mit dem Effizienzverlust verbundene Schaden tritt in der Regel in Form von entgangenem Gewinn auf. Aufgrund der Mengeneffekte von Kartellen entgeht den Abnehmern bzw. Lieferanten der Gewinn für alle nicht mehr abgesetzten Produkteinheiten. Den Endverbrauchern entgeht der Nutzen der Produkte, die sie zum Wettbewerbspreis erworben hätten. Einige Kunden weichen auf andere substituierbare Produkte aus, wenn

184 Der Wohlfahrtsverlust wird auch als Harberger-Dreieck bezeichnet. Grundlegend *Harberger,* Am. Econ. Rev. 44 (1954), 77–87.

185 *Haucap/Stühmeier*, WuW 2008, 413, 417.

186 Näheres zum Pass-on-Effekt siehe *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 37.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sie aufgrund des erhöhten Preises auf das kartellierte Produkt verzichten. Hierdurch kann ihnen ein Schaden durch zusätzliche Kosten für den Produktwechsel oder durch eine mögliche Minderung der Produktqualität entstehen.[187]

Neben dem allokativen Effizienzverlust kann das Kartell aus volkswirtschaftlicher Sicht die produktive und dynamische Effizienz negativ beeinflussen. Bei langanhaltenden Kartellen sehen sich die Kartellanten verringertem Wettbewerbsdruck ausgesetzt und erzielen durch wettbewerbsbeschränkende Absprachen hohe Gewinne. Dies kann dazu führen, dass die Kartellanten einen verminderten Anreiz für eine kostengünstigere Produktion und für Investitionen in Forschung und Entwicklung haben.[188] Allerdings bedarf die Beurteilung des Verlusts von produktiver und dynamischer Effizienz infolge eines Kartells mehrerer fundierter empirischer Untersuchungen und ist gegenwärtig in der Volkswirtschaftswissenschaft noch umstritten.[189] Bei privaten Schadensersatzklagen ist es noch unmöglich, solche Schäden zu quantifizieren und Ersatz dafür zu verlangen.[190]

Nachdem das Kartell durch die Wettbewerbsbehörde mit einem Bußgeld bestraft und die Kartellabsprache durch die Wettbewerbsbehörde oder im Wege eines Zivilverfahrens abgestellt wurde, wird der Preis normalerweise innerhalb eines kurzen Zeitraumes wieder auf das Wettbewerbsniveau zurückkehren. Es kann aber auch der Fall auftreten, dass das Kartell sogar nach dessen Beendigung eine andauernde Auswirkung auf die Marktstruktur und den Preis nach sich zieht, was insbesondere bei Kartellen mit Gebietsaufteilungen der Fall ist. Bei diesen ändert sich der Marktanteil auch nach Beendigung des Kartells zunächst wenig, da die Markstruktur durch die langfristige Gebietsaufteilung verfestigt ist. Dies kann weiterhin

187 *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 33; *Meeßen*, S. 402f. Beachte aber, dass die Schäden infolge kartellbedingt geringerer Produktqualität bisher keine praktische Relevanz erlangt haben. S. EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen im Zusammenhang mit Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 11.6.2013, SWD (2013) 205, Rn. 22. – im Folgenden als Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs zitiert.

188 *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 43.

189 Näheres zu der produktiven und dynamischen Effizienz *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 43ff.

190 vgl. *Haucap/Stühmeier*, WuW 2008, 413, 424; *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 53.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zu einem am Wettbewerbsniveau gemessenen überhöhten Preis und möglicherweise zu höheren Produktionskosten führen.[191]

2. Geschädigte Marktakteure

Die Reichweite der durch Kartelle verursachten Schadenswirkungen kann sehr breit sein. Im vertikalen Verhältnis, kann, wie gesehen, nicht nur dem unmittelbaren Abnehmer bzw. Lieferanten aufgrund der kartellbedingten Preiserhöhung und dem Mengeneffekt ein Schaden entstehen, sondern möglicherweise auch dem mittelbaren Abnehmer bzw. Lieferanten der weiter entfernten nachgelagerten bzw. vorgelagerten Marktstufe. Die mittelbaren Abnehmer auf der nachgelagerten Marktstufe können von dem Kartell betroffen sein, weil die unmittelbaren Abnehmer den Preisaufschlag in einem gewissen Umfang an sie weitergeleitet haben. Im horizontalen Verhältnis können die nicht am Kartell beteiligten Unternehmen desselben relevanten Marktes, die das kartellierte Produkt herstellen, von dem Kartell beeinflusst werden. Unter dem „Preisschirm" des Kartells genießen sie erweiterte Preissetzungsspielräume und können in Reaktion auf den Kartellpreis ihren eigenen Produktpreis ebenfalls anheben.[192] Durch diesen sogenannten Preisschirmeffekt müssen ihre Abnehmer einen höheren Preis für das Produkt bezahlen, als er sich ohne das Kartell ergeben hätte. Die Unternehmen, die komplementäre Produkte für die kartellierten Produkte herstellen, können infolge einer verringerten Nachfrage nach den kartellierten Produkten auch einen Absatzrückgang erleiden. Zwar können die Unternehmen den Absatzrückgang durch Preissenkungen teilweise ausgleichen, im Ergebnis werden ihnen aber dennoch Gewinne entgehen.[193]

3. Ausmaß der kartellbedingten Preisüberhöhung

Neben dem breiten Spektrum der Schadenswirkung ist das Ausmaß der kartellbedingten Preisüberhöhung sehr beträchtlich. Dieser ist einer der

191 *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 47.

192 EuGH v. 5.6.2014, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317, Rn. 29 – *Kone; Inderst/Maier-Rigaud/Schwalbe*, 10 J. Compet. Law Econ. 739 (2014), 740; *Beth/Pinter*, WuW 2013, 228, 228.

193 *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 40f; *Inderst/Rigaud/Schwalbe*, in: Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung, § 7 Quantifizierung von Schäden Rn. 321.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wichtigsten Faktoren, der das Gesamtbild des Ausmaßes der kartellbedingten Schäden widerspiegelt.[194] Viele Studien untersuchten anhand von empirischen Daten die kartellbedingte Preisüberhöhung und deren Umfang. In der von der EU-Kommission in Auftrag gegebenen Studie „Quantifying antitrust damages" (2009) wurden die nach dem Jahr 1960 tätigen Kartelle untersucht.[195] 93 % aller untersuchten Kartellfälle verursachten kartellbedingte Preisaufschläge. Bei rund 70 % aller Fälle betrug der Preisaufschlag zwischen 10 und 40 %, wobei sich der Durchschnitt auf rund 20 % belief.[196] Laut einer jüngeren Bewertung von *Boyer* und *Kotchoni* (2015), die eine Meta-Analyse mit einigen Verfeinerungen einführte, betrug der kartellbedingte durchschnittliche Preisaufschlag im internationalen Kontext etwa 16 % und in der EU etwa 14 %. Der Median des Preisaufschlages für internationale Kartelle lag bei etwa 18.6 % und mithin 6 % höher als bei rein nationalen Kartellen.[197] Es bestehen zwar Unterschiede zwischen den empirischen Studien hinsichtlich der von ihnen kalkulierten kartellbedingten Preisaufschläge, doch ist gewiss, dass Kartelle in der Regel einen Preisaufschlag herbeiführen, der nicht unterschätzt werden darf. Als konkretes Beispiel kann das Vitaminkartell dienen, das im Zeitraum von 1990 bis 1999 bei einem durchschnittlichen Preisaufschlag von etwa 29 % einen geschätzten weltweiten Gesamtschaden von über 8 Milliarden US Dollar verursacht haben soll.[198] Die europäische Kommission verhängte am 21.11.2001 gegen acht Vitaminhersteller Geldbußen wegen unerlaubter Marktaufteilung und Preisfestsetzungsabsprachen. Laut der Feststellung der europäischen Kommission hatte sich der Durchschnittpreis für Vitamin A

194 Das Ausmaß der kartellbedingten Schäden hängt von einer Reihe von Faktoren ab. Neben dem Ausmaß der Preiserhöhung sind beispielsweise noch die Dauer des Kartells, seine Marktabdeckung und die Verringerung des Angebots relevant. Siehe *Inderst/Rigaud/Schwalbe*, in: Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung, § 7 Quantifizierung von Schäden Rn. 314.

195 *Komninos/Beckert/van Damme/Dewatripont/Franks/ten Kate/Legros*: Quatifying antitrust damages: Towards non-binding guidance for courts, 2009, abrufbar unter https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf. – im Folgenden als Oxera-Studie zitiert.

196 Oxera-Studie, S. 90. Diese Studie basiert wesentlich auf der Studie von *Connor/Lande*, in: Issues Compet. Law Policy (2008), S. 2203, 2203–2218. Eine Analyse der 200 veröffentlichten Studien mit 647 quantitativen Schätzungen der Preisaufschläge von Hardcore-Kartellen wurde durchgeführt, wobei der Median der Preisaufschläge für alle Arten von Kartellen bei 25 % und für internationale Kartelle bei etwa 31 % lag.

197 *Boyer/Kotchoni*, Rev. Ind. Organ. 47 (2015), 119, 34.

198 *Connor*, Global Price Fixing, 2. Aufl., S. 338.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

auf dem EWR-Markt in den Jahren 1990 bis 1998 von etwa 38,80 ECU/kg auf 54,50 ECU/kg (um etwa 29 %) erhöht, was auf die Kartellaktivitäten zurückzuführen sei.[199]

II. Schadenswirkung durch Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung

Der Ausbeutungsmissbrauch in Form des Preis- und Konditionsmissbrauchs resultiert in ähnlichen Preiseffekten und Effizienzverlusten wie ein Kartell.[200] Die unmittelbaren und mittelbaren Abnehmer bzw. Lieferanten sowie die Hersteller komplementärer Güter können dadurch beeinträchtigt werden.

Die Schadenswirkungen des Behinderungsmissbrauchs sind komplizierter zu erfassen, weil sich das missbräuchliche Verhalten während seiner verschiedenen Phasen unterschiedlich auf den Markt und die Marktteilnehmer auswirken kann. Verfolgt das marktbeherrschende Unternehmen beispielsweise eine Kampfpreisstrategie und senkt zuerst den Preis seiner Produkte, führt dies in einer ersten Phase zu einer Intensivierung des Preiswettbewerbs auf dem Markt. Während seine Abnehmer davon profitieren können, werden seine Konkurrenten infolge der Schmälerung der Gewinnspanne schlechter gestellt. Aufgrund höherer Kosten und reduzierter Absatzmenge erzielen die Konkurrenten weniger Gewinn als sie ohne missbräuchliches Verhalten erzielt hätten. Treuerabatte wirken sich in der ersten Phase ähnlich aus. Die rabattbegünstigten Unternehmen aufgrund der Preisnachlässe für gewisse Absatzmengen innerhalb eines Bezugszeitraums wechseln nicht zu anderen Konkurrenzanbietern. Deshalb sind die Nachteile für die Abnehmer bei manchen Arten des Marktbeherrschungsmissbrauchs in der ersten Phase nicht offensichtlich. Nachdem die Konkurrenten aus dem Markt verdrängt oder ihr Marktanteil verringert wurde, erhöht das marktbeherrschende Unternehmen in der zweiten Phase den Preis, um die Verluste aus der ersten Phase auszugleichen. Der wirksame Wettbewerb auf dem Markt wird reduziert und das marktbeherrschende Unternehmen hebt den Preis für die betroffenen Produkte auf ein Niveau oberhalb des Wettbewerbspreises. Die unmittelbaren und mittelbaren Abnehmer erlei-

199 EU-Kommission, Entscheidung vom 22.11.2001, COMP/E-1/37.512, Rn. 28, 667ff. – *Vitamine*. Vgl. LG Dortmund v. 1.4.2004, WuW/E DE-R, 1352, 1354 – *Vitaminpreise Dortmund*.

200 EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, S. 14.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

den jetzt ähnliche Schäden aus der Preiserhöhung wie bei einem Kartell. Hinzukommt eine verringerte Produktauswahl für die unmittelbaren Abnehmer.[201]

Die Marktstruktur und die Wettbewerbsbedingungen können sich nach der Beendigung des missbräuchlichen Verhaltens im Einzelfall stark verändern, so dass die Nachwirkungen auf den Markt und den Wettbewerb langfristig sein können. Neben den oben genannten negativen Folgen von Gewinneinbußen der Wettbewerber, Preiserhöhungen und einer reduzierten Produktauswahl kann der Behinderungsmissbrauch ferner zur Qualitätssenkung und schwächerer Innovation führen. Da die marktbeherrschende Stellung stabil aufrechterhalten bleibt, können die vom Markt verdrängten Wettbewerber nicht wieder in ihn eintreten oder ihren Marktanteil wiedererlangen. Zudem werden potenziellen Wettbewerber aufgrund eines erschwerten Markteintritts vom Markt abgeschottet. Die negativen Auswirkungen können nach Beendigung des missbräuchlichen Verhaltens nur sehr schwer und langsam beseitigt werden. In vielen Fällen kann es sich als praktisch unmöglich erweisen, die Marktbedingungen so wiederherzustellen, wie sie ohne die Zuwiderhandlungen bestehen würden, selbst wenn die Wettbewerbsbehörde den Behinderungsmissbrauchs aufdeckt oder er durch eine Zivilklage beendet wird.[202] Diese Verfälschung des Wettbewerbs und die dauerhafte Beeinträchtigung der Marktstruktur lassen sich schwer oder gar nicht mehr aus den individuellen Schäden der betroffenen Marktteilnehmer quantifizieren.

Der Behinderungsmissbrauch, der mit dem Zweck betrieben wird, Konkurrenten aus dem Markt zu drängen, wird in erster Linie den direkten Wettbewerbern schwere Schäden zufügen. Nachdem der Wettbewerber vom Markt verdrängt wurde, werden die unmittelbaren und mittelbaren Abnehmer der betroffenen Produkte von den marktbeherrschenden Unternehmen durch erhöhte Preise beeinträchtigt. Die Lieferanten der von dem Markt verdrängten Unternehmen können auch Schäden in Form entgangener Gewinne erleiden. Die potenziellen Wettbewerber können aufgrund eines verhinderten Markteintritts beeinträchtigt werden. Behinderungspraktiken wie z. B. Kopplungsgeschäfte können ferner den Wettbewerb auf dem Markt der gekoppelten Leistung beeinträchtigen.

201 Zu den unterschiedlichen Auswirkungen von Behinderungspraktiken auf die Marktteilnehmer je nach betrachtetem Zeitraum vgl. EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, S. 63f.

202 EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, S. 64.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

III. Zwischenfazit

Aus volkswirtschaftlicher Sicht gehen die aus wettbewerbswidrigen Handlungen resultierenden gesellschaftlichen Schäden bei weitem über die Preiserhöhung infolge des Preiseffektes hinaus. Neben der Preiserhöhung, die letztlich an die Verbraucher weitergegeben wird, gibt es viele Schäden, die nicht leicht quantifizierbar sind. Einige Verluste können nicht kompensiert werden und werden zu sozialen Nettoverlusten. Kartelle und missbräuchliche Verhaltensweisen des marktbeherrschenden Unternehmens werden wahrscheinlich auch nach ihrer Beendigung aufgrund der von ihnen erfolgten Änderungen der Marktstruktur weiterhin die anderen Marktteilnehmer nachteilig beeinflussen.

Daraus folgt, dass es einerseits wichtig ist, dafür zu sorgen, dass die von den wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen betroffenen Unternehmen und Verbraucher Ersatz für ihren erlittenen Schaden erhalten. Andererseits ist eine frühzeitige Aufdeckung und Unterbindung wettbewerbswidriger Praktiken besonders sinnvoll, um eine Ausweitung der Schadenswirkungen auf die Wettbewerber und andere Marktteilnehmer frühestmöglich zu vermeiden und die bereits zugefügten Schäden rechtzeitig zu kompensieren. Dadurch kann auch einer verfestigten nachteiligen Veränderung des Wettbewerbs und der Marktstruktur vorgebeugt werden.

IV. Ökonomische Theorie der Rechtsdurchsetzung

1. Die optimale Kartellrechtsdurchsetzung

Die Theorie der Rechtsdurchsetzung oder die Theorie der optimalen Abschreckung (auf Englisch: theory of optimal deterrence) liegt der Arbeit von *Gary Becker* über die Durchsetzung des Strafrechts zugrunde.[203] In der Arbeit hat *Becker* zum ersten Mal die Instrumente der ökomische Analyse der Entscheidungstheorie auf das kriminelle Verhalten angewendet. Der potenzielle Täter wird eine Straftat nur dann begehen, wenn sein erwarteter Nutzen aus der Straftat den Nutzen des Ressourceneinsatzes für andere Ak-

203 *Becker*, 76 J. Polit. Econ. 169 (1968), 169–217.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tivitäten übersteigt.[204] Der potenzielle Täter wird von der Begehung einer Straftat absehen, wenn die drohende Strafe seinen erwarteten Gewinn aus der Straftat übertrifft. Auf dieser Grundlage hat *Becker* die Korrelation zwischen der Anzahl der begangenen Straftaten und der Verurteilungswahrscheinlichkeit sowie den Wert der drohenden Strafe mit mathematischer Funktion illustriert. Eine Erhöhung der Verurteilungswahrscheinlichkeit allein oder der Strafe allein würde den von einer Straftat erwarteten Nutzen verringern und würde daher die Anzahl der Straftaten reduzieren. Eine Erhöhung der Verurteilungswahrscheinlichkeit, die durch eine gleichprozentige Verringerung der Strafe ausgeglichen wird, würde den erwarteten Gewinn aus einer Straftat im Ergebnis nicht ändern. Dies könnte jedoch den erwarteten Nutzen vermindern, da sich das Risiko erhöhen würde.[205] Bei einer geringen Verurteilungswahrscheinlichkeit ist in der Regel eine höhere Strafe erforderlich. Wenn die Durchsetzungskosten nicht berücksichtigt werden oder wenn angenommen wird, dass die Durchsetzung kostenlos ist, könnte von der Begehung von Straftaten durch ausreichend hohe Strafen vollständig abgeschreckt werden. Zugleich würden die Schäden aus Straftaten minimiert werden.[206] In der Realität fallen Durchsetzungskosten an. Auch wenn dies ohne Rücksicht auf die Kosten geschieht, sollte die Durchsetzung nicht unbegrenzt allein durch die Ausweitung der Strafe erhöht werden, um eine übermäßige Durchs etzung zu vermeiden.[207] Bei der optimalen Rechtsdurchsetzung geht es daher um die Minimierung der gesamtgesellschaftlichen Kosten des Rechtsverstoßes, welche die durch den Rechtsverstoß verursachten Schäden, die Kosten der Überführung und die Kosten der Sanktionsverhängung umfassen.[208]

204 *Becker*, 76J. Polit. Econ. 169 (1968), 176ff. Mehr zum Modell von *Becker* und die Interpretation und weitere Entwicklung siehe *Stigler*, 78 J. Polit. Econ. 526 (1970), 526–536.

205 Wenn der potenzielle Täter risikobereit ist, kann eine Erhöhung der Verurteilungswahrscheinlichkeit wirksamer als eine Erhöhung der Strafe um den gleichen Prozentsatz den erwarteten Nutzen und damit die Anzahl der Straftaten verringern. Wenn er risikoavers ist, hat eine Erhöhung der Strafe eine größere Wirkung. Wenn er risikoneutral ist, haben beide die gleiche Wirkung. Siehe *Becker*, 76 J. Polit. Econ. 169 (1968), 169, 177f.

206 *Becker*, 76 J. Polit. Econ. 169 (1968), 191f.

207 Beispielsweise die Verurteilung einer unschuldigen Person, vgl. *Stigler*, 78 J. Polit. Econ. 526 (1970), 526, 527f.

208 "Minimize the social loss in income from offenses," *Becker*, 76 J. Polit. Econ. 169 (1968), 181f., 207. Vgl. *Stigler*, 78 J. Polit. Econ. 526 (1970), 526–529.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Der Theorie der optimalen Abschreckung liegt eine ex-ante Perspektive zugrunde. Die optimale Strategie zur Bekämpfung der Rechtsverstöße liegt darin, die Verhaltensentscheidungen der potenziellen Täter zu beeinflussen. Demzufolge besteht die Bedeutung der Strafverfolgung und der Sanktionsverhängung darin, die aufgedeckten Rechtsverstöße zu unterbinden und zugleich die zukünftigen Rechtsverstöße zu verhindern. Der Ansatz zur optimalen Durchsetzung des Kartellrechts wurde auf der Grundlage der Theorie der optimalen Abschreckung fortentwickelt. *Breit* und *Elzinga* sind in ihrer Arbeit zu dem Schluss gekommen, dass das optimale Niveau der Rechtsdurchsetzung erreicht ist, wenn die marginalen gesellschaftlichen Kosten dem marginalen Nutzen der Rechtsdurchsetzung entsprechen.[209] Der Nutzen liegt in der Verminderung der wettbewerbswidrigen Praktiken und der daraus resultierenden Schäden. Wenn mehrere Ressourcen für die Stärkung der Rechtsdurchsetzung eingesetzt werden müssen, muss das Ziel sein, dass die hierdurch entstehenden Kosten geringer als die erzielte Verminderung der gesellschaftlichen Schäden aus dem Rechtsverstoß sind. Basierend auf dieser Grundlage werden die Ansätze für die Bestimmung der optimalen Sanktion im Rahmen des Wettbewerbsrechts entwickelt. Der derzeit überwiegend anerkannte Ansatz, der von *Landes* entwickelt wurde, besagt, dass der optimale Wert der Sanktion dem „Nettoschaden" aus der Zuwiderhandlung gleichen soll, der anderen Personen außer dem Schädiger selbst zugefügt wurde. Dieser Nettoschaden umfasst unter anderem die Schäden aus Preisaufschlägen und Wohlfahrtsverlusten.[210] Je größer das Ausmaß der durch die Zuwiderhandlung verursachten Schäden ist, desto höher soll die Sanktion festgesetzt werden. Diese Regel gilt sowohl für Kartelle als auch in Fällen des Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung.[211] Der potenziellen Rechtsverletzer wird daher eine wettbewerbswidrige Praktik nur dann begehen, wenn der antizipierte Gewinn den Nettoschaden des anderen übersteigt. Hierbei wird insbesondere der mög-

209 Vgl. *Elzinga/Breit*, Antitrust Penalties, S. 7–13; *Breit/Elzinga*, 28 J. Law Econ. 405 (1985), 409f.

210 „Net harm to others" näheres dazu siehe *Landes*, 50 Univ. Chicago Law Rev. 652 (1983), 656f., 666–668, 672. Zu den Schäden aus Preisaufschlägen und Wohlfahrtsverlusten, siehe oben A.I.1.

211 Erklärung siehe *Landes*, 50 Univ. Chicago Law Rev. 652 (1983), 665f. Es wurde argumentiert, dass die gesellschaftlichen Kosten eines Monopols weitaus größer sind als die von ihm verursachten Wohlfahrtsverluste. Dies hat jedoch keinen Einfluss auf den Nettoschaden und damit auch nicht auf die Bestimmung der optimalen Sanktion.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

liche wirtschaftliche Vorteil aus der Kosteneinsparung mit dem Wohlfahrtsverlust verglichen.[212] Außerdem soll der „Nettoschaden" durch die Aufdeckungs- und Verurteilungswahrscheinlichkeit (also die Überführungswahrscheinlichkeit) geteilt werden, um den erwarteten optimalen Sanktionswert zu erreichen, da nicht jede Zuwiderhandlung aufgedeckt und nachgewiesen und schließlich mit einer Sanktion belegt wird. [213]

Es gibt viele Varianten der Modelle und Verfeinerungen innerhalb der Theorie der Rechtsdurchsetzung, die jeweils verschiedene Bedeutung in ökonomischer Hinsicht haben.[214] Die oben dargestellten wesentlichen Erkenntnisse zur Theorie der optimalen Rechtsdurchsetzung sind jedoch für die Zwecke der vorliegenden Arbeit ausreichend, um als geeigneter Anhaltspunkt bei der Bewertung der Durchsetzungssysteme und der Ausgestaltung der Regeln für die private Durchsetzung zu dienen. Unter allen oben genannten Faktoren, die das Niveau der Rechtsdurchsetzung mitbestimmen, können die Sanktion und die Überführungswahrscheinlichkeit durch den Einsatz von Durchsetzungsressourcen beeinflusst werden. Ein duales Durchsetzungssystem führt sicherlich zu einem höheren Ressourceneinsatz als die öffentliche Durchsetzung allein. Es stellt sich daher die Frage, ob es einen vermehrten Nutzen bringen kann, der die Kosten des steigenden Ressourceneinsatzes aufwiegt. Die optimale Strategie besteht darin, den kombinierten Sanktionswert zu maximieren und gleichzeitig den Ressourceneinsatz zu minimieren. Dies findet bei der Diskussion über die Zielausrichtungen unter Punkt C Anwendung und wird dort nochmals aufgegriffen.

2. Durchsetzungskosten

Im Anschluss an den Ansatz zur Kostenminimierung im Rahmen der optimalen Rechtsdurchsetzung werden hier die Durchsetzungskosten ausführlich beschrieben, die bei der folgenden Diskussion über die Zielsetzungen der privaten Durchsetzung und der Untersuchung der rechtlichen Maßnah-

212 Vgl. *Landes*, 50 Univ. Chicago Law Rev. 652 (1983), 674ff.: Die optimale Sanktion soll nur die ineffizienten Verstöße abschrecken, bei denen die durch den Verstoß verursachten Schäden größer sind als die Kosteneinsparungen.

213 *Landes*, 50 Univ. Chicago Law Rev. 652 (1983), 672.

214 Beispielsweise *Schwartz*, 68 Georgetown Law J. 1075 (1980), 1075–1102; *Posner/Easterbrook*, Antitrust Cases, 2. Aufl., S. 550ff; *Sidak*, 33 Stanford Law Rev. 329 (1981), 337–340.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

men wieder Berücksichtigung finden. Die aus einem Kartellrechtsverstoß resultierenden gesellschaftlichen Schäden wurden bereits oben erörtert. Hier wird nun auf die mit der privaten Rechtsdurchsetzung verbundenen gesellschaftlichen Kosten eingegangen, die die Kosten für die Aufdeckung und gerichtliche Verfolgung des Kartellrechtsverstoßes umfassen.[215]

a. Aufdeckungskosten

Die Aufdeckungskosten resultieren hauptsächlich aus der Informationsermittlung über die vermeintliche Zuwiderhandlung. Das Ausmaß der Aufdeckungskosten hängt davon ab, wie verborgen das wettbewerbswidrige Verhalten stattfand und über wie viele Informationen die Betroffene bereits verfügten.[216] Die durch ein wettbewerbswidriges Verhalten geschädigten Privatpersonen haben häufig bereits vor Beginn einer behördlichen Untersuchung eine bessere Kenntnis von der Existenz der vermeintlichen Zuwiderhandlung und dem daraus resultierenden Schaden.[217] Dies bedeutet einen Informationsvorteil bzw. Kostenvorteil für Privatpersonen gegenüber der Wettbewerbsbehörde.[218] Der Umfang der Informationen, über die eine betroffene Privatperson anfänglich verfügt, hängt aber von der Art der vermeintlichen wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen ab.[219] Beispielsweise besitzt die an eine angeblich wettbewerbswidrige vertikale Vereinbarung (z.B. über Preisbindung oder Alleinvertrieb) gebundene Partei wesentliche Insider-Informationen. Von dem Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch eine Zugangsverweigerung wird der direkt betroffene Marktbeteiligte, der die Notwendigkeit der Mitbenutzung der Infrastruktur-

215 *Schwartz*, 68 Georgetown Law J. 1075 (1980), 1076; *Hüschelrath/Peyer*, 36 World Competition 585 (2013), 597. Vgl. *Krüger*, S. 170. Die gesellschaftlichen Kosten der Rechtsdurchsetzung lassen sich laut *Krüger* chronologisch nach den verschiedenen Phasen des Durchsetzungsverfahrens in die Aufdeckungskosten bzw. die Kosten der Ermittlung des Verantwortlichen, die Kosten der gerichtlichen Verfolgung sowie die Kosten der Sanktionierung unterteilen.

216 *Segal/Whinston*, 28 E.C.L.R. 306 (2007), 308. Vgl. auch *Krüger*, S. 171f. Im Rahmen von allgemeinen Durchsetzungskosten spricht *Krüger* von den Kosten für „die Gewinnung von Informationen über den Normverstoß und den verantwortlichen Normadressaten", welche sich leicht von den hier beschriebenen Informationskosten unterscheiden.

217 *McAfee/Mialon/Mialon*, 92 J. Public Econ.1863 (2008), 1864.

218 *McAfee/Mialon/Mialon*, 92 J. Public Econ. 1863 (2008), 1864.

219 *Segal/Whinston*, 28 E.C.L.R. 306 (2007), 308.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

einrichtung gut kennt, früher Kenntnis erlangen als die Wettbewerbsbehörden. Im Gegensatz dazu wird eine Absprache zwischen Wettbewerbern über Preise (Hardcore-Kartelle) häufig schwieriger durch die Abnehmer oder Lieferanten der Kartellunternehmen entdeckt. In einer Lieferkette verfügen die Geschädigten über umso weniger Informationen über den vermeintlichen Kartellverstoß, je weiter entfernt sie vom Kartell sind. Im Vergleich zu den Endverbrauchern, die die meisten Schäden aus Preisüberhöhungen tragen, können die unmittelbaren Abnehmer von Kartellanten Anhaltspunkte für einen Kartellverstoß die Spuren des Kartellverstoßes mit höherer Wahrscheinlichkeit finden.[220]

Um die gerichtliche Verfolgung des Kartellrechtsverstoßes zu ermöglichen, müssen im nächsten Schritt die weiteren Informationen bzw. Beweismittel darüber ermittelt und gesammelt werden, aus denen sich ergibt, dass es sich bei dem fraglichen Verhalten um eine Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht handelt und wer (oder ob das vermeintliche Unternehmen) dafür haftet.[221] Die Beschaffung der notwendigen Informationen in diesem Stadium erfordert viele Ressourcen und verursacht erhebliche Kosten. Die Geschädigten besitzen nicht alle für die Verfolgung des Rechtsverstoßes notwendigen Informationen. Über je mehr Informationen die geschädigte Privatperson bereits verfügt, desto geringer sind die Kosten für die weiteren Untersuchungen. Die Privatpersonen verfügen häufig nicht über effiziente Informationsmittel und im Gegensatz zu den Wettbewerbsbehörden auch nicht über umfassende Ermittlungsbefugnisse, um an wichtige Beweise zu gelangen. Sofern die nötigen Informationen ermittelt wurden, kann ferner die Untersuchung des abgestimmten Verhaltens zwischen vermeintlichen Kartellunternehmen erhebliche Kosten verursachen. Bei Follow-on-Schadensersatzklagen können die Aufdeckungskosten für die Privatpersonen deshalb wesentlich reduziert werden, weil die Wettbewerbsbehörde bereits wichtige Vorarbeit geleitet hat.

220 Dies ist auch einer der Gründe, warum das US-Federal Court dem unmittelbaren Abnehmer die Klagebefugnis für den Dreifachschadensersatz eingeräumt hat. Vgl. *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720, 752 (1977).

221 *Segal/Whinston*, 28 E.C.L.R. 306 (2007), 309; *Hüschelrath/Peyer*, 36 World Competition 585 (2013), 600.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b. Sämtliche Verfahrenskosten

Die aus der gerichtlichen Verfolgung folgenden gesellschaftlichen Kosten setzen sich aus den Fehlerkosten und den direkten Verfahrenskosten zusammen.[222] Bei kartellrechtlichen Zivilverfahren können die Fehlerkosten grundsätzlich in zwei Arten unterteilt werden. Typ-I-Fehler entstehen, wenn ein Unternehmen für sein tatsächlich begangenes wettbewerbswidriges Verhalten nicht zur Haftung gezogen wird. Er kann den Anreiz zur Klageerhebung reduzieren, weil die Wahrscheinlichkeit der Sanktionierung der tatsächlich begangenen Zuwiderhandlungen gegen das Wettbewerbsrecht verringert und somit die Erfolgsaussichten der Klage reduziert wird. Im Gegensatz dazu besteht ein Typ-II-Fehler, wenn ein Unternehmen für ein tatsächlich nicht wettbewerbswidriges Verhalten haftbar gemacht wird. Dieser kann den Anreiz zur Klageerhebung erhöhen.[223] Die beiden Arten von Fehler könnten zu einer Verminderung der Abschreckungswirkung der Rechtsdurchsetzung führen.[224] Aufgrund des Typ-I-Fehlers könnte sich das Unternehmen angesichts der verringerten Verurteilungswahrscheinlichkeit für das wettbewerbswidrige Verhalten entscheiden. Der Typ-II-Fehler könnte zur Erhöhung der Kosten der Normbefolgung und Reduzierung der Anreize für wettbewerbskonformes Verhalten führen, weil das Unternehmen trotzdem eine mögliche Sanktionierung befürchten muss. In dieser Konstellation wird der Unterschied der Kosten zwischen Normbefolgung und Normverstoß wesentlich verringert.[225]

Die direkten Kosten sind die Zeit und die Ressourcen, die durch die Gerichte und alle beteiligten Parteien bei der Verfolgung des Rechtsverstoßes eingesetzt werden, wie zum Beispiel der Zeitaufwand der beteiligten Parteien, der Anwälte sowie der Richter, die Kosten für die Beratung und die Beweisermittlung, die Gerichtskosten usw.[226]

Die Prozessregeln, insbesondere Beweisregeln und der Zugang zu den notwendigen Informationen über die Zuwiderhandlung, können die Kos-

222 *Posner*, 2 J. Legal Stud. 399 (1973), 400f.

223 Vgl. *Polinsky/Shavell*, 5 J. Law, Econ. Organ. 99 (1989), 99f.

224 Die Wirkung von Fehlerkosten auf den Anreiz zur Normbefolgung lässt sich nicht einfach ermitteln, weil die Fehlerkosten auch einen Einfluss auf die Klageerhebung haben, was wiederum die Entscheidung des potentiellen Täters beeinflussen kann. Siehe *Polinsky/Shavell*, 5 J. Law, Econ. Organ. 99 (1989), 100, 103–107.

225 *Polinsky/Shavell*, 5 J. Law, Econ. Organ. 99 (1989), 100; *Schwartz*, 68 Georgetown Law J. 1075 (1980), 1077.

226 *Krüger*, S. 174f; *Posner*, 2 J. Legal Stud. 399 (1973), 401.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ten für die Sachverhaltsermittlung und die Verhandlung wesentlich beeinflussen und bestimmen somit ebenfalls das Ausmaß der direkten Kosten.[227] Effiziente Mittel der Informationsgewinnung und moderate Beweisanforderungen können Zeit und Aufwendungen einsparen. Aus ökonomischer Sicht besteht der Zweck des Gerichtsverfahrens bzw. des Prozessrechts in der Minimierung der Fehlerkosten und direkten Prozesskosten, um die Effizienz des Verfahrens zu maximieren.[228] Die vermehrten direkten Kosten, die bei der Verminderung der Fehler entstehen, müssen die Fehlerkosten, die entstanden wären, ausgleichen.[229]

Es ist nicht das Anliegen der vorliegenden Arbeit, die aus einer wirtschaftlichen Sicht beste Lösung zu finden, um die Kosten der privaten Durchsetzung für die gesamte Kartellrechtsdurchsetzung zu optimieren. Dies ist auch nicht möglich. Die Theorie der optimalen Rechtsdurchsetzung und die damit verbundenen Analysemethoden bieten vielmehr eine ökonomische Perspektive, um das Rechtsdurchsetzungssystem im Rahmen der Maximierung der wirtschaftlichen Effizienz zu überdenken, wobei der Nutzen (die Verhinderung rechtswidrigen Verhaltens) und die Durchsetzungskosten berücksichtigt werden. Für die vorliegende Arbeit stellt die Theorie mithin ein nützliches Instrument zur Bewertung der rechtlichen Maßnahmen, die für die Stärkung der Kartellrechtsdurchsetzung durchgeführt wurden und zu ergreifen sind, zur Verfügung.

B. Kompensation versus Abschreckung

Bisher werden Abschreckungs- und Kompensationszweck im zivilrechtlichen Sanktionssystem des Wettbewerbsrechts häufig als gegenläufig betrachtet. Beim Schadensersatz ist der Kompensationsgedanke auf den konkreten Schaden in der Vergangenheit gerichtet. Demgegenüber richtet sich der Abschreckungsgedanke (auch Präventionsgedanke genannt)[230] aus der Ex-ante-Sicht an potenzielle Rechtsverletzer und zielt auf eine Verhaltens-

227 *Krüger*, S. 174f.

228 *Posner*, 2 J. Legal Stud. 399 (1973), 400. „Effizienz" wird hier im Sinne der wirtschaftlichen Nutzenmaximierung verwendet.

229 *Schwartz*,68 Georgetown Law J. 1075 (1980), 1077; Vgl. *Posner*, 2 J. Legal Stud. 399 (1973), 441f.

230 Im Schadensersatz- und Haftungsrecht wird normalerweise der Begriff der „Prävention" verwendet, während im Kartellrecht oft von „Abschreckung" die Rede ist. In der vorliegenden Arbeit werden beide Begriffe synonym verwendet.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

steuerung ab.[231] Daraus folgt, dass bei der Ausgestaltung des Schadensumfangs der erste Gedanke den konkret erlittenen Schaden der Geschädigten in den Blick nimmt, während der letzte Gedanke den erzielten wirtschaftlichen Vorteil des Schädigers in den Blick nimmt.[232] Im Folgenden werden diese sich gegenüberstehenden Ansichten anhand des Rechtszustandes de lege lata und des Forschungsstands jeweils in der EU, in Deutschland und in China untersucht.

I. Bestandsaufnahmen im Rahmen des europäischen, deutschen und chinesischen Rechts

1. EU

a. EuGH-Rechtsprechung

Im Urteil *Courage* hat der EuGH zum ersten Mal zum Ausdruck gebracht, dass die volle Wirksamkeit des Wettbewerbsrechts beeinträchtigt wäre, wenn nicht jedermann, der durch die Zuwiderhandlung gegen EU-Wettbewerbsrecht geschädigt wurde, einen Anspruch auf Ersatz verlangen könnte.[233] Der EuGH führt aus, dass der Schadensersatzanspruch die Durchsetzungskraft der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln erhöhen kann und dazu geeignet ist, von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen oder Verhaltensweisen abzuhalten. Unter diesem Gesichtspunkt können Schadensersatzklagen vor nationalen Gerichten wesentlich zur Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs beitragen.[234] Dies kann dahingehend ausgelegt werden, dass der EuGH sowohl das Kompensations- als auch das Präventionsziel im Zusammenhang mit kartellrechtlichen Schadensersatzansprüchen anerkannt hat.[235] Der EuGH bestätigte in seinem Urteil

231 Überblick über das Präventionsprinzip im Schadensersatzrecht siehe *Möller*, S. 32.
232 Vgl. *Stock*, S. 48. Für das Schadensersatzrecht, vgl. *Schlobach*, S. 460.
233 EuGH v. 20.9.2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 26 – *Courage*.
234 EuGH v. 20.9.2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 27 – *Courage*.
235 Vgl. auch *Vollrath*, NZKart 2013, 434, 435; *R. Becker*, in: Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadensersatzklagen (2010), S. 37, 43. Umstritten: *Nebbia*, Eur. Law Rev. 33 (2018), 23, 35f. Sie legt die *Courage*-Entscheidung dahingehend aus, dass das Argument „volle Wirksamkeit des Wettbewerbsrechts" in den Randnummern 19 bis 26 der *Courage*-Entscheidung, auf das sich der „Jedermann"-Grundsatz stützt, eher aus der Perspektive eines wirksamen Rechtsschutzes als aus der Perspektive einer wirksamen Durchsetzung abgeleitet wird. Da das Grundprinzip für Scha-

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Manfredi die grundlegende Auffassung des *Courage*-Urteils und nahm einige Ergänzungen vor.[236] Auf der einen Seite weist der EuGH darauf hin, dass ein Geschädigter, der durch eine Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht einen Schaden erlitten hat, Ersatz des Vermögensschadens (*damnum emergens*) und des entgangenen Gewinns (*lucrum cessans*) sowie die Zahlung von Zinsen verlangen kann,[237] was eindeutig auf dem Kompensationsprinzip beruht. Auf der anderen Seit führt der EuGH hinsichtlich des Strafschadensersatzes an, dass ein besonderer Schadensersatz wie der Strafschadensersatz durch das Recht der Mitgliedstaaten unter Beachtung des Äquivalenzgrundsatzes gewährt werden kann, dieser aber nicht zu einer ungerechtfertigten Bereicherung der Anspruchsberechtigten führen darf.[238] Es ist mithin davon auszugehen, dass der *EuGH* einen Strafschadensersatz nicht grundsätzlich ablehnt.[239] Eine klare Vorrangstellung des Kompensationszwecks hat der EuGH auch in dem Urteil *Manfredi* nicht ausgesprochen.[240] Im Urteil *Donau Chemie* hat der EuGH seine bisherige Rechtsprechung zusammengefasst, indem er die Teile der Urteile in den Rechtssachen *Courage* und *Manfredi* aufgreift, in denen festgestellt wird, dass die „volle Wirksamkeit" und die „praktische Wirkung" der Wettbewerbsregeln gefährdet wären, wenn nicht jedermann Ersatz des Schadens verlangen könnte, der ihm durch die Zuwiderhandlung zugefügt worden ist.[241] Der EuGH begründet dies zwar zunächst mit der Präventionswirkung von Schadensersatzansprüchen zur Erhöhung der „Durchsetzungskraft" des Wettbewerbsrechts, darüber hinaus aber ausdrücklich mit dem Schutz des Einzelnen, dem bei Kartellverstößen ein subjektives Recht auf Scha-

densersatzklagen in der EU-Rechtsprechung eher in der Entschädigung als in der Abschreckung liege, sei das vorrangige Ziel der privaten Rechtsdurchsetzung die ausgleichende Gerechtigkeit (*corrective justice*) durch Entschädigung.

236 EuGH v. 13.7.2006, verb. Rs. C-295/04 bis C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461, Rn. 91 – *Manfredi*.

237 EuGH v. 13.7.2006, verb. Rs. C-295/04 bis C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461, Rn. 95 – *Manfredi*.

238 EuGH v. 13.7.2006, verb. Rs. C-295/04 bis C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461, Rn. 92–94 – *Manfredi*.

239 Vgl. auch *R. Becker*, in: Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadensersatzklagen (2010), S. 37, 43.

240 Vgl. hingegen: *Drexl*, in: FS Canaris (2007), S. 1339, 1340. Er spricht sich dafür aus, dass aus europarechtlicher Perspektive der Präventionsgedanke im Vordergrund des Kartelldeliktsrechts steht.

241 EuGH v. 6.6.2013, C-536/11, E-CLI:EU:C:2013:366, Rn. 21 – *Donau Chemie*.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

densersatz zustehen soll.[242] Damit nimmt der EuGH anscheinend eine Vorrangstellung des Kompensationszwecks an, wobei die Verwirklichung der „praktischen Wirkung" der Wettbewerbsregeln stärker auf die ausgleichende Gerechtigkeit abstellt, die durch das Recht auf vollständigen Ersatz des durch die Zuwiderhandlung verursachten Schadens erzielt werden kann.[243]

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die europäische Rechtsprechung den für die private Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts durch Schadensersatzklagen beiden Zielrichtungen, nämlich der wirksamen Durchsetzung und dem wirksamen Schutz des Einzelnen, Bedeutung beimisst.[244] Eine Vorrangstellung des Kompensations- oder Präventionszweck lässt sich hingegen aus der bisherigen gerichtlichen Entscheidungspraxis nicht eindeutig ablesen.

b. EU-Schadensersatzrichtlinie

Im Grünbuch der EU-Kommission wird die private Durchsetzung als ein Teil des gemeinsamen Systems der Wettbewerbsrechtsdurchsetzung anerkannt. Die private und öffentliche Durchsetzung des Wettbewerbsrechts dient denselben Zielen, nämlich „durch das Wettbewerbsrecht untersagte wettbewerbswidrige Praktiken zu unterbinden sowie Unternehmen und Verbraucher vor diesen Praktiken und etwaigen durch sie verursachten Schäden zu schützen".[245] Insbesondere hat sich die EU-Kommission auf die *Courage*-Rechtsprechung gestützt und die Abschreckung neben der Kompensation ausdrücklich als Ziel kartellrechtlicher Schadensersatzklagen genannt.[246] Dagegen wird im Weißbuch der EU-Kommission im Wesentlichen die Ausgleichsfunktion des kartellrechtlichen Schadensersatzes aus rechtspolitischer Sicht betont. Das Ziel einer vollständigen Entschädi-

242 EuGH v. 6.6.2013, C-536/11, E-CLI:EU:C:2013:366, Rn. 23, 24 – *Donau Chemie*.

243 Rn. 24 der *Donau Chemie* Entscheidung wird nicht selten als Hinweis darauf verstanden, dass der unionskartellrechtliche Schadensersatzanspruch vorrangig dem Kompensationszweck dient. Siehe z.B. *Kamann*, in: Kartellverfahren und Kartellprozess, § 2 Geschichtliche, systematische und theoretische Grundlagen Rn. 18.

244 Vgl. *Franck/Peitz*: Toward a Coherent Policy on Cartel Damages, ZEW Discussion Paper No. 17-009, S. 43, abrufbar unter http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp17009.pdf. Sie sprechen von einer Gleichstellung der wirksamen Durchsetzung und der ausgleichenden Gerechtigkeit.

245 EU-Kommission, Grünbuch, S. 3.

246 EU-Kommission, Grünbuch, S. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gung wird explizit als das wichtigste Leitprinzip des Weißbuchs herausgehoben.[247] Im Anschluss an das Weißbuch enthält der Folgenabschätzungsbericht diesbezüglich weitere Ausführungen: Geldbußen, die von Wettbewerbsbehörden verhängt werden und reiner Schadensersatz, den die Privatpersonen geltend machen, verfolgen unterschiedliche, aber sich gegenseitig ergänzende Ziele. Während die Geldbußen hauptsächlich der Abschreckung vor Wettbewerbsrechtsverstößen dienen, geht es bei privaten Schadensersatzklagen eher um einen Ausgleich des Schadens („*corrective justice*"), den die Privatpersonen durch eine Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht erlitten haben.[248] Obwohl die Abschreckungswirkung privater Schadensersatzklagen nicht völlig verneint wird, wird sie bloß als ein positiver Nebeneffekt eines wirksamen Rechtsrahmens zur Durchsetzung privater Schadensersatzansprüche beschrieben.[249] Die europäische Kommission relativiert das Abschreckungsziel kartellrechtlicher Schadensersatzklagen, indem sie lediglich ausführt, dass diese mit der zusätzlichen Nebenwirkung der Abschreckung die öffentliche Rechtsdurchsetzung ergänzen kann.[250] In der Folge wird das Leitprinzip der vollständigen Entschädigung in der EU-Schadensersatzrichtlinie mit Art. 3 umgesetzt. Die Richtlinie nimmt vorrangig den kompensatorischen Ansatz auf und bringt eine Reihe von Konkretisierungen dieses Ansatzes, wie beispielsweise die Anerkennung der Klagebefugnis mittelbarer Abnehmer (Art. 12).[251]

2. Deutschland

Vor dem Hintergrund des Systemwechsels zur Legalausnahme und der *Courage*-Rechtsprechung hat der deutsche Gesetzgeber die Abschreckungswirkung der Kartellrechtsdurchsetzung im Wege zivilrechtlicher Klagen in

247 EU-Kommission, Weißbuch, S. 3.

248 EU-Kommission, Commission Staff Working Document accompanying document to the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules - Impact assessment report, 2.4.2008, SEC(2008) 405, S. 22 – im Folgenden als Impact assessment report zitiert.

249 EU-Kommission, Impact assessment report, S. 22; EU-Kommission, Weißbuch, S. 3.

250 Vgl. *R. Becker*, in: Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadensersatzklagen (2010), S. 37, 44. Nach seiner Interpretation erkennt die EU-Kommission dem kartellrechtlichen Schadensersatz durchaus eine Präventivfunktion zu, das Weißbuch räumt jedoch im Falle eines Zielkonflikts zwischen Kompensation und Prävention der Ausgleichsfunktion den Vorrang ein.

251 Ausführlich dazu siehe unten § 5 Schadensersatzanspruch.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der 7. GWB-Novelle ausdrücklich aufgenommen. In der Gesetzesbegründung wird klargestellt, dass die zivilrechtlichen Sanktionen als Ausgleich der verminderten behördlichen Kontrolldichte nach Abschaffung des Systems der Administrativfreistellung ausgeweitet werden, um ein effektives zivilrechtliches Sanktionssystem zu schaffen, von dem zusätzlich eine spürbare Abschreckungswirkung ausgeht.[252] Insbesondere sollte der kartellrechtliche Schadensersatzanspruch im zivilrechtlichen Sanktionssystem bewirken, dass die „Kartellrendite" der Unternehmen, die den Wettbewerbsverstoß begangen haben, abgeschöpft wird, um eine ausreichende Abschreckung zu erzielen.[253] In diesem Sinne scheint der Gesetzgeber das Abschreckungsziel anerkannt zu haben.[254]

Im Urteil *ORWI,* das ein vor Inkrafttreten des § 33 7. GWB-Novelle bestehendes Kartell betraf, hat der BGH im Zusammenhang mit dem Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB, den Zweck des kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs, der sich aus der Zuwiderhandlung gegen Art. 101 AEUV als Schutzgesetz ergibt, dahingehend bestimmt, dass er dem Ausgleich des durch ein Kartell entstandenen Schadens dient. Zugleich weist der BGH darauf hin, dass die Prävention eine nützliche Folge der Kompensation ist.[255] An dieser Stelle spricht der BGH von einer von dem Kompensationszweck abhängigen Abschreckungsfunktion des kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs, aber nicht von einem neben der Kompensation stehenden Abschreckungszweck.

Die vom BGH vertretene Auffassung lässt sich auf die Tradition des Schadensersatzrechts zurückführen. Nach herkömmlicher Auffassung dient das Schadensersatzrecht primär dem Schadensausgleich (Ausgleichsfunktion).[256] Für die Zwecke des Schadensersatzanspruchs ist zwischen dem Zweck der §§ 249 ff. BGB (Art und Umfang des Schadensersatzes) und dem der zugrundliegenden Haftungsnorm zu unterscheiden.[257] Der Schadensersatz nach den §§ 249 ff. BGB bezweckt einen Ausgleich für die vom

252 BT-Dr. 15/3640, S. 35.
253 BT-Dr. 15/3640, S. 36.
254 Vgl. auch *Logemann*, S. 334f; *Bulst*, S. 131; *Fuchs*, ZWeR 2011, 192, 204. Dagegen, nur eine abschreckende Wirkung als Ergänzung zu den behördlichen Sanktionen annehmend: *Stock*, S. 66. Abschreckende Wirkung durch wirksameren zivilrechtlichen Schadensersatz: *Krohs*, in: KK, § 33 GWB Rn. 5.
255 BGH v. 28.6.2011, NJW 2012, 928 Rn. 62 – *ORWI*.
256 *Larenz*, Schuldrecht AT, 14. Aufl., S. 423f. m.w.N.
257 *Oetker*, in: MüKo BGB, § 249 Rn. 1, 8.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Geschädigten erlittenen Nachteile.[258] Die Widerherstellung des früheren Zustandes soll nicht zur Bereicherung des Geschädigten führen.[259] Die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs kann zwar im Ergebnis eine präventive Wirkung haben, aber diese präventive Wirkung wird vielmehr als „erwünschtes Nebenprodukt" bezeichnet,[260] und ist auf keinen Fall auf die Bestrafung des Schädigers gerichtet.[261] Für den Zweck des Schadensersatzanspruchs kommt weiterhin der Zweck der jeweils zugrundeliegenden Haftungsnorm in Betracht. Den §§ 249 ff BGB kommt nur eine „Assistentenrolle" zu.[262] Ihre Anwendung ist auf die Haftungsnorm und deren Zweck ausgerichtet. Der Inhalt und Umfang der Schadensersatzpflicht nach § 33a GWB richten sich nach den §§ 249 ff. BGB, welche primär dem Ausgleich der durch einen Kartellrechtsverstoß verursachten individuellen Schäden dienen.[263] Daneben gewinnt im Rahmen der kartellrechtlichen Schadensersatzpflicht der Präventionszweck an Bedeutung. Genau in dieser Hinsicht spricht der BGH in der Sache *ORWI* von einer Präventionsfunktion.

Neben den Schadensersatzklagen hält das deutsche Kartellrecht weitere Rechtsinstitute für die private Durchsetzung, nämlich die Berufung auf die Nichtigkeit der kartellrechtswidrigen Rechtsgeschäfte sowie Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche vor. Der Unterlassungsanspruch dient für sich genommen der Prävention, weil es um die Abwehr und Verhinderung künftigen rechtswidrigen Verhaltens geht.[264] Gerade durch die Geltendmachung der Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche, die zwar primär zur Verteidigung des eigenen Interessen dienen, wird zugleich eine überindividuelle Funktion im Kampf gegen unzulässige Wettbewerbsbeschränkung erfüllt.

258 Z.B. BGH v. 18.10.1988, NJW-RR 1989, 670, 672; BGH v. 6.7.2004, NJW 2004, 3324, 3325; *Oetker*, in: MüKo BGB, § 249 Rn. 8 m.w.N.

259 Ständige Rechtsprechung BGH v. 3.12.2013, NJW 2014, 535, Rn. 11; BGH v. 29.4.2003, NJW 2003, 2085, 2086; BGH v. 20.6.1989, NJW 1989, 3009, 3009.

260 *Larenz*, Schuldrecht AT, 14. Aufl., S. 423; *Lange*, Schadenseratzrecht, 2. Aufl., S. 10. Näheres zur klassischen Lehre des Ausgleichsprinzips im Schadensersatzrecht siehe *Möller*, S. 51f.

261 Vgl. die Einstellung des BGH gegenüber dem US-amerikanischen Strafschadensersatz: BGH v. 4.6.1992, NJW 1992, 3096, 3103. „Die moderne deutsche Zivilrechtsordnung sieht als Rechtsfolge einer unerlaubten Handlung nur den Schadensausgleich (§§ 249 ff. BGB), nicht aber eine Bereicherung des Geschädigten vor. […] Die Bestrafung und – im Rahmen des Schuldangemessenen – Abschreckung sind mögliche Ziele der Kriminalstrafe (§§ 46 ff. StGB), die als Geldstrafe an den Staat fließt, nicht des Zivilrechts."

262 *Oetker*, in: MüKo BGB, § 249 Rn. 1 m.w.N.

263 Vlg. *Bornkamm/ Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, § 33a GWB Rn. 33.

264 *Koch*, JZ 1999, 922, 928.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Dies trifft insbesondere auch auf die Verbandsklage nach § 33 Abs. 4 GWB zu, die eine Durchsetzung der gebündelten individuellen Interessen ermöglicht.[265]

3. China

Obwohl nach dem Wortlaut des § 60 Abs. 1 AMG das Unternehmen gegenüber dem Geschädigten die zivilrechtliche Haftung übernimmt, werden unterschiedliche Auffassungen über die Eigenschaft der Haftung geäußert. Ende der 1990er und Anfang der 2000er Jahre wurde viel über das Wirtschaftsrecht als eine eigenständige Rechtsdisziplin diskutiert. Ein Teil der Literatur befürwortet, dass sich die wirtschaftsrechtliche Haftung von der strafrechtlichen, zivilrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Haftung unterscheidet und eine eigenständige rechtliche Haftung darstellt.[266] Demzufolge wurde im Bereich des Wirtschaftsrechts während des Gesetzgebungsprozesses und für einen gewissen Zeitraum nach dem Inkrafttreten des AMG die Auffassung vertreten, dass es sich bei der gesetzliche Haftung nach § 50 AMG a.F. (jetzt § 60 Abs. 1 AMG) um eine wirtschaftsrechtliche Haftung handele, die von der zivilrechtlichen Haftung zu trennen sei.[267] Die entsprechenden Autoren waren der Auffassung, dass sich die kartellrechtliche Schadensersatzpflicht vor allem im Zweck und in der Erfüllungsform von der zivilrechtlichen Schadensersatzpflicht unterscheide. Die kartellrechtliche Schadensersatzpflicht solle die Verhinderung und Vorbeugung monopolisierender Verhaltensweisen bezwecken, was mit dem Ausgleichsprinzip im zivilrechtlichen Schadensersatzrecht inkompatibel sei.[268] Einige stellten ferner die Theorie des Rechts auf Teilnahme am fairen Wettbewerb bzw. freien Wettbewerb für das Unternehmen im Wettbewerbsrecht (sowohl im Lauterkeitsrecht als auch im Antimonopolrecht) vor, um das Fehlen einer Rechtsgrundlage für eine wirtschaftszivilrechtliche Haftung zu beheben.[269] Allerdings konnten sie sich bisher nicht über die Definition

265 Vgl. *Hempel*, Privater Rechtsschutz, S. 245; *Göckler*, WRP 2016, 434, 435f.
266 Statt vieler *Qi, Duojun*, The basic theory of economic law, 3. Aufl., S. 191–195; *Zhai, Jiguang,* DDFX 18 (2004), 50, 54.
267 Vgl. *Li, Guohai/Li, Yunmei*, JJFLC 14 (2008), 125, 126ff; *Liu, Yinshuang*, NJSHKX 1 (2009), 105, 105f; *Wan, Zongzan*, JXSHKX 4 (2015), 181, 185.
268 Vgl. *Li, Guohai/Li, Yunmei*, JJFLC 14 (2008), 125, 130ff.
269 Vgl. *Wang, Xianyong*, The right to fair competition, S. 103, 112; *Zhu, Yifei*, ZFLC 1 (2005), 65, 66ff.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

und Reichweite des Rechts auf Teilnahme am fairen bzw. freien Wettbewerb einigen. Schon aus diesem Grund wird die Theorie des Rechts auf Teilnahme am Wettbewerb und ihre Verknüpfung mit der zivilrechtlichen Haftung weitgehend kritisiert.[270] Ihre Befürworter wenden die Grundsätze des Deliktshaftungsrechts an und versuchen, ein eigenständiges privates Recht auf fairen bzw. freien Wettbewerb für die Unternehmen im Wettbewerbsrecht zu schaffen. Diese Theorie ist bereits in sich nicht schlüssig, da sie die Unabhängigkeit der Haftung in erster Linie aus der Aufrechterhaltung der Marktordnung und des öffentlichen wirtschaftlichen Interesses als alleinigem Ziel ableitet. Das System der zivilrechtlichen Haftung kann einen angemessenen Schutz der Interessen der Marktteilnehmer, einschließlich der Verbraucher, gewährleisten. Daher ist die Schaffung eines eigenständigen Rechts auf fairen bzw. freien Wettbewerb selbst überflüssig. Der Standpunkt hinsichtlich der eigenständigen wirtschaftsrechtlichen Haftung ist überholt und wird heute nur selten diskutiert. Auch weil das Antimonopolrecht selbst keine Anhaltspunkte dafür geliefert hat, die Haftung des § 60 Abs. 1 AMG durch eine eigenständige wirtschaftliche Haftung zu ergänzen, hat der Standpunkt für das Antimonpolrecht an Bedeutung verloren.

Im Gegensatz dazu verweist die zivile Haftung nach § 60 Abs. 1 AMG nach der herrschenden Meinung auf das allgemeine Zivilrecht. Darauf beruhen zwei unterschiedliche Auffassungen über den Zweck kartellrechtlicher Schadensersatzklagen. Nach einer der vertretenen Auffassungen sollte dieser im Einklang mit dem gesamten Rechtsdurchsetzungssystem des AMG stehen und in erster Linie in der Abschreckung monopolisierender Verhaltensweisen liegen. Das AMG sei ein Gesetz des Marktordnungsrechts. Daher sollte die kartellrechtliche Schadensersatzklage eine wichtige Rolle für die Verhaltenssteuerung spielen. Für den Abschreckungszweck seien bei der Ausgestaltung des kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs notwendigerweise einige Brüche mit den im Zivil- bzw. Deliktshaftungsrecht und Zivilprozessrecht geltenden Regelungen vorzunehmen.[271] Nach der zweiten, weniger vertretenen Auffassung ist die Schadensersatzklage überragend an dem Kompensationsgedanken ausgerichtet. Das Ausgleichs-

270 Z.B. *Wang, Hongxia/Li, Guohai*, FXPL 4 (2012), 92, 93f; *Xie, Xiaoyao*, S. 139.
271 Vgl. *Dai, Bin/Lan, Lei*, S. 93f: der Schadensausgleich gelte als nachrangiger Zweck.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

prinzip des Zivilrechts gelte ausnahmslos auch für den kartellrechtlichen Schadensersatzanspruch.[272]

Bereits während des Gesetzgebungsverfahrens zum AMG wurde die Einführung eines Strafschadensersatzes vorgeschlagen. Die Rolle des Strafschadensersatzes als Instrument der Rechtsdurchsetzung wurde wegen dessen Beitrags zur Herausbildung einer Antimonopol-Kultur und als Ergänzung der behördlichen Rechtsdurchsetzung anerkannt.[273] Letztendlich wurde dieses Rechtsinstitut jedoch nicht in die endgültige Fassung aufgenommen. Der Grund dafür ist unklar, liegt aber möglicherweise in der mangelnden Gesetzgebungserfahrung für einen solchen Versuch. Bemerkenswert ist jedoch, dass das chinesische Privatrecht den Strafschadensersatz bereits kennt, der auf § 49 a.F. des chinesischen Verbraucherschutzgesetzes von 1994 (§ 55 in der geltenden Fassung) zurückgeht.[274] In den darauf folgenden zehn Jahren wurden u.a. das Vertragsgesetz (1999), das Gesetz zur Lebensmittelsicherheit (2009) und das Gesetz zur deliktischen Haftung (2010) geschaffen, die sich an § 49 a.F. des Verbraucherschutzgesetzes orientieren und die Regelungen über eine doppelte oder mehrfache Entschädigung vorsehen. Erst im Jahr 2017 wurde der Strafschadensersatz als eine der zivilrechtlichen Haftungsformen in § 179 Abs. 2 AT ChinZR (jetzt § 179 Abs. 2 ZGB) verankert, wo es seitdem heißt: „Bestimmen Gesetze einen Strafscha-

272 *Shi, Jianzhong*, ZGFZGC 6 (2006), 10; *An* (Hrsg.), Erläuterungen zum AMG der Rechtsarbeitskommission, S. 109. In Bezug auf das Ausgleichsprinzip folgen die chinesischen Studien weitgehend der deutschen Lehre.

273 *Wu* (Hrsg.), Erläuterung zum AMG des Gesetzesplanungsbüros, S. 142.

274 § 49 a.F. des chinesischen Verbraucherschutzgesetzes sah einen erhöhten Schadensersatz in Höhe des zweifachen Kaufpreises im Betrugsfall vor. § 55 Verbraucherschutzgesetz der VR China: „[1]Begeht ein Gewerbetreibender, der Waren oder Dienstleistungen liefert, betrügerische Handlungen, so muss der Gewerbetreibende gemäß der Forderung des Verbrauchers den Schadensersatz für die von diesem erlittenen Schäden um einen Geldbetrag erhöhen, der dem dreifachen Kaufpreis der gekauften Ware oder dem dreifachen Entgelt der empfangenen Dienstleistung entspricht. Beträgt diese Erhöhung weniger als 500 Yuan, ist der Schadensersatz stattdessen um 500 Yuan zu erhöhen. Sofern das Gesetz etwas anderes bestimmt, gelten diese Bestimmungen. [2]Verursacht ein Gewerbetreibender, der trotz Kenntnis von der Fehlerhaftigkeit seiner Waren oder Dienstleistungen diese dennoch an den Verbraucher liefert, den Tod oder erhebliche Gesundheitsschäden des Verbrauchers oder eines anderen Geschädigten, so haben die Geschädigten das Recht, vom Gewerbetreibenden nach den §§ 49 und 51 Schadensersatz zu verlangen; und sie haben das Recht, Strafschadensersatz bis zur zweifachen Höhe des Schadens zu verlangen." Übersetzung von *Gresbrand/Martinek/Odom/Rotermund/Will*, ZChinR 2014, 69, 83.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

densersatz, so gelten deren Bestimmungen."[275] Eine rechtliche Grundlage im Allgemeinen Teil des Zivilrechts für den Strafschadensersatz wurde damit nachträglich geschaffen.[276] Der Strafschadensersatz beschränkt sich nicht auf den tatsächlich erlittenen Verlust des Geschädigten, sondern richtet sich auf die Bestrafung des Schädigers und die Abschreckung vor künftigem rechtswidrigen Verhalten.[277] Somit besteht im chinesischen Recht Raum für eine kartellzivilrechtliche Haftung, die sich auch auf Strafschadensersatz erstreckt. Doch setzt dies voraus, dass die Grundregeln des Strafschadensersatzes im AMG festgelegt werden.

Die Diskussionen über die kartellzivilrechtliche Haftung und die Zielrichtungen der privaten Durchsetzung haben sich stark auf den Schadensersatz konzentriert und andere Durchsetzungsinstrumente wie Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche ignoriert. Auf deren Bedeutung für die Zielverwirklichung wird später im entsprechenden Kapitel näher eingegangen.

II. Rechtliche Bedenken gegen die Abschreckungszielsetzung

Ein Abschreckungsziel ist regelmäßig unvermeidlich mit Strafschadensersatz oder Mehrfachentschädigung verbunden. Es wird zuerst gegen den Strafschadensersatz eingewendet, dass er über das grundlegende Ausgleichsprinzip des Schadensersatzrechts hinausgehe. Darüber hinaus besteht die Sorge, dass eine auf Abschreckung abzielende private Rechtsdurchsetzung Missbrauchspotential in sich birgt. Diese Sorge wird hauptsächlich auf die Erfahrungen in den USA gestützt. Der Dreifachschadensersatz des US-Rechts wird wegen einer Vielzahl an missbräuchlichen Klagen ständig

275 Übersetzung von *Ding/Klages/Leibküchler/Pissler*, ZChinR 2020, 207, 237.

276 Die ganz herrschende Meinung im chinesischen Schrifttum befürwortet das Rechtsinstitut des Strafschadensersatzes. Gegen dessen Verankerung im Zivilgesetzbuch siehe: *Yin, Zhiqiang*, FXZZ 3 (2006), 76, 78f. Der Schadensersatz dürfe nur kompensatorischen Charakter haben. Der Strafschadensersatz solle daher vom Anwendungsbereich des Zivilrechts ausgeschlossen werden. Er sprach sich jedoch nicht völlig gegen die Anwendung des Strafschadensersatzes in Gesetzen wie dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb oder dem Wertpapier- und Börsengesetz aus, wenn der tatsächliche Schaden schwer zu berechnen sei und der Schadensersatz durch einee Obergrenze begrenzt werde.

277 *Zhang, Xinbao/Li, Qian*, QHFX 4 (2009), 5, 6, 12.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

kritisiert.[278] Angespornt durch den Dreifachschadensersatz und *class action* können die Kläger die Antitrust-Klage möglicherweise für ihre eigenen Interessen strategisch verwenden, um ihre Vertragsbedingungen zu verbessern oder um ihre Rivalen zu belästigen und anzugreifen.[279] Im Einklang mit der Stellungnahme im Weißbuch, wonach die öffentliche und private Rechtsdurchsetzung jeweils unterschiedliche Ziele verfolgt, vertreten viele auch die Ansicht, dass das Abschreckungsziel von den Wettbewerbsbehörden besser durchgesetzt werden kann.[280] Außerdem verfügen die Wettbewerbsbehörden im Vergleich zu Privatpersonen über umfangreichere Ermittlungsbefugnisse, können die Höhe der Bußgelder besser festsetzen sowie hohe Bußgelder und mehrere Arten von Sanktionen verhängen.[281]

Wenn der Abschreckungszweck der privaten Kartellrechtsdurchsetzung bejaht wird, stellt sich im Anschluss daran die Frage, ob damit eine nützliche zusätzliche Sanktion zu den behördlichen Sanktionen geschaffen wird oder ob eine Mehrfachentschädigung neben dem verhängten Bußgeld und der Abstellungsverfügung zu einer übermäßigen Sanktion für den Rechtsverletzer führt. So wendet sich *Möschel* gegen zusätzliche Sanktionen im Rahmen privater Kartellrechtsdurchsetzung. Nach *Möschel* reicht der Sanktionsrahmen in Deutschland und in der EU völlig aus, weshalb keine Notwendigkeit für eine erhöhte Abschreckungswirkung durch Strafschadensersatz wie in den USA bestehe.[282] Ein vergleichbares Argument ergibt sich nach *Wils*. Selbst wenn eine zusätzliche Sanktion nötig wäre, wäre nach *Wils* die Erhöhung der Geldbußen eine viel billigere und zuverlässigere Methode im Vergleich zur Verstärkung der kartellrechtlichen Schadensersatzklagen.[283] Außerdem weist *Wils* darauf hin, dass die bestehenden Probleme der Wettbewerbsrechtsdurchsetzung in der EU, wie z.B. die ungenügenden Sanktionen gegen Preiskartelle und der Mangel an persönlichen Strafen, auch nicht durch die private Durchsetzung gelöst werden könne.[284]

278 Siehe z.B. *Collins/Sunshine*, in: Procedure and enforcement (1993), S. 50, 53. Aus deutscher Sicht siehe z.B. *Möschel*, WuW 2006, 115.

279 Zu weiteren möglichen strategischen Zwecken siehe: *McAfee/Vakkur*, The Strategic Abuse of the Antitrust Laws, 2004, S. 3f, abrufbar unter: https://ssrn.com/abstract=594581.

280 Beispielsweise *Wils*, 26 World Competition 473 (2003), 480f.

281 Vgl. *Wils*, 26 World Competition 473 (2003), 480f; *Krüger*, S. 240, 295f.

282 *Möschel*, WuW 2007, 483, 487.

283 *Wils*, 26 World Competition 473 (2003), 484.

284 *Wils*, 26 World Competition 473 (2003), 485.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Dass die Durchsetzung des Antimonopolrechts im Allgemeinen nicht effizient genug ist, ist ein wesentliches praktisches Problem in China. Daher wird die Diskussion über die Zielrichtung der privaten Durchsetzung im chinesischen Kontext vorwiegend zugunsten des Abschreckungsziels geführt.[285] Es wird darauf abgestellt, dass die private Durchsetzung die behördliche Durchsetzung ergänzen sollte, um die erforderliche wirksame Abschreckung zu erzielen.[286] Die Bedenken, dass die Förderung kartellrechtlicher Zivilklagen die Missbrauchsgefahr in sich bergen könnte, ähneln den oben angeführten Argumenten und basieren hauptsächlich auf den Erfahrungen der USA.

C. Kompensation und Abschreckung

Abschreckung wird nicht als Zweck für die private Durchsetzung des europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts angesehen. Stattdessen wird bloß eine präventive Wirkung anerkannt. Nach der hier vertretenen Ansicht sollte die private Kartellrechtsdurchsetzung aber die Abschreckung als gleichberechtigtes Ziel neben der Kompensation verfolgen. Diese Ansicht lässt sich mit den im Folgenden thematisierten ökonomischen und rechtlichen Überlegungen sowie mit dem aktuellen Stand der Rechtsdurchsetzung begründen. Zuerst ist es nicht zwangsläufig, zwischen den beiden Zielen zu wählen, da die private Durchsetzung, die allein dem Kompensationszweck dient, sich in Wirklichkeit nicht wirksam entfalten kann (hierzu unter I.). Die Erreichung einer vollständigen Entschädigung ist sowohl im Allgemeinen als auch im Einzelfall nur schwer oder gar nicht möglich. Zudem beansprucht der Kompensationszweck keine Geltung für die neben die Schadensersatzklage tretenden Formen der privaten Durchsetzung. Des Weiteren kann die private Durchsetzung unter Beachtung der Theorie der optimalen Durchsetzung zur Erhöhung der Gesamteeffizienz des Rechtsdurchsetzungssystems beitragen (hierzu unter II.). Danach werden die Bedenken hinsichtlich Missbrauchsgefahr der privaten Durchsetzung geklärt (hierzu unter III.). Schließlich wird im Zusammenhang mit dem Rechtsrahmen und dem aktuellen Stand der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts zu demonstrieren sein, dass die Anerkennung des Abschreckungszwecks

285 *Dai, Bin*, Anti-monopoly litigation, S. 317f.; *Wang, Jian,* Private Enforcement of Antimonopoly Law, S. 67.

286 Vgl. *Zheng, Pengcheng*, FXJ 3 (2010), 98, 105; *Li, Jian*, FXYJ 5 (2011), 70, 83; *Wang, Jian*, FSYJ 3 (2010), 23, 32.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

für die private Durchsetzung in der EU, Deutschland und China möglich und notwendig ist (hierzu unter IV.).

I. Unvollständige Verwirklichung des Kompensationszwecks

1. Dilemma unter dem Kompensationszweck

Der größte Widerstand gegen die Verfolgung des Abschreckungszwecks liegt vor allem in dem Konflikt zwischen dem Abschreckung- und Kompensationszweck im Kontext der Schadensersatzklagen. Aber die Verfolgung des Kompensationszwecks und des Abschreckungszwecks durch kartellrechtliche Schadensersatzklagen schließen einander nicht notwendig aus. Aus volkswirtschaftlicher Sicht sind die aus wettbewerbswidrigen Handlungen resultierenden gesellschaftlichen Schäden nicht mit den individuellen Schäden kongruent. Wie oben unter dem Punkt A. I. erklärt, kann ein Kartell einen Preisüberhöhungsschaden, Wohlfahrt- bzw. Effizienzverlust sowie produktiven und dynamischen Effizienzverlust verursachen. Bei dem kartellbedingten Preisüberhöhungsschaden handelt es sich um einen Vermögenstransfer vom Kunden zu den Kartellanten, was volkswirtschaftlich gesehen eine bloße Umwandlung von Konsumentenrente zu Produzentenrente darstellt und zu keinem allokativen Verlust führt.[287] Deshalb scheint auf der einen Seite der Ersatz des Preisüberhöhungsschadens für den Ausgleich der durch ein Kartell verursachten volkswirtschaftlichen Schäden allein kaum sinnvoll.[288] Auf der anderen Seite ist der Wohlfahrtsverlust, nämlich der *deadweight loss*, zu einem Nettoverlust für die Volkswirtschaft als Ganzes geworden. Er soll gerade durch das Kartellverbot vermindert und vermieden werden, ist aber in der Form des Nutzenverlustes für den einzelnen Kunden nach rechtlichen Maßstäben nur mit großen Schwierigkeiten als ersatzfähiger Schaden anzuerkennen.[289] Der produktive und dynamische Effizienzverlust wird als abstrakt nachteilige Auswirkun-

287 *Haucap/Stühmeier*, WuW 2008, 413, 417. Vgl. oben A. I. 1.

288 Obwohl der Preisüberhöhungsschaden bei den Abnehmern zugleich der Gewinn von Kartellanten ist, können die Kartellanten immer noch durch Kostenersparnisse vom Kartell profitieren. Aus rechtlicher Perspektive hängt der rechtlich ersatzfähige Schaden, der den Abnehmern durch den Kartellrechtsverstoß entstanden ist, unmittelbar mit dem Anreiz zur Erhebung der Schadensersatzklagen zusammen und ist deshalb sinnvoll. Siehe dazu unten C. II.

289 Vgl. *Cavanagh*, Loyola Univ. Chicago law J. 41 (2010), 629, 632; *Hellwig*, in: Private Enforcement of EC Competition Law (2007), S. 121, 133f; *Logemann*, S. 236.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gen für den Wettbewerb gesehen und hat bisher noch keine praktische Relevanz erlangt. Selbst wenn die individuellen Schäden vollständig kompensiert werden könnten, können die gesamtgesellschaftlichen Schäden dadurch nicht ausgeglichen werden.

Die individuellen Schäden, die die einzelnen betroffenen Verbraucher und Unternehmen erlitten haben, werden rechtlich nicht sämtlich anerkannt. 1) Im Fall eines Preiskartells oder missbräuchlich überhöhter Preise durch das marktbeherrschende Unternehmen liegt der ersatzfähige Vermögensschaden zunächst in den Preisaufschlägen für jede gekaufte Produkteinheit und eventuell in den zusätzlich entstandenen Aufwendungen, wenn die Betroffenen infolge überhöhter Preise auf Ersatzprodukten ausgewichen sind. Ebenfalls kann der unmittelbare Abnehmer den entgangenen Gewinn aus dem Absatzrückgang geltend machen. Die überhöhten Preise können ferner dazu führen, dass die Kunden vom Kauf des betroffenen Produktes absehen. Dadurch entgehen den Kunden als Zwischenabnehmer Gewinne, weil sie die nicht erworbenen Produkteinheiten nicht mit Profit weiterverkaufen konnten.[290] Den Kunden als Endverbraucher entgeht der Nutzen der nicht erworbenen Produkteinheiten. Es ist fraglich, ob und wie solche Schäden infolge eines Kaufverzichts nach rechtlichen Maßstäben als ersatzfähig anerkannt werden können.[291] 2) Die durch einen Behinderungsmissbrauch oder ein Kartell verdrängten Wettbewerber oder die potenziellen Wettbewerber, die einen Markteintritt anstreben, können Ersatz des entgangenen Gewinns geltend machen.[292] Dessen Umfang ist aber nicht so offensichtlich wie der Vermögensschaden infolge kartellbedingter Preiser-

290 In diesem Abschnitt wird der Begriff „entgangene Gewinn" in einem weiten Sinne verwendet, der der Verwendung dieses Begriffs in dem Praktischen Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs der EU-Kommission folgt. S. EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, S. 63. Er ergibt sich aus der Differenz zwischen dem tatsächlichen Gewinn und dem Gewinn, den das geschädigte Unternehmen ohne die Zuwiderhandlung hätte erzielen können. Er kann daher über den Begriff „entgangener Gewinn" im rechtlichen Sinne hinausgehen.

291 In der deutschen Gerichtspraxis wurde der Schaden in der Form einer Nutzeneinbuße als Teil des entgangenen Gewinns nach § 252 BGB unter bestimmten Voraussetzungen als ersatzfähig zuerkannt. Ausführlich dazu siehe *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 72f. Zum Teil wird die Auffassung vertreten, dass ein kartellbedingter Konsumverzicht auf der Ebene der Endabnehmer als rein immaterieller Schaden nicht ersatzfähig ist, siehe *Logemann*, S. 421; *Meeßen*, S. 404.

292 Z.B. zur Ermittlung des Schadens eines von einem Ausschreibungsmarkt ausgeschlossenen neuen Marktteilnehmers: OLG Düsseldorf v. 16.04.2008, VI-2 U (Kart) 8/06, Juris, Rn.43: „Der Schadensersatzanspruch umfasst den Gewinn, der der Klägerin aus dem wegen der Intervention der Beklagten nicht zustande gekommenen

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

höhung. Die große Schwierigkeit liegt in der Schadenszurechnung. Alternativ können die potenziellen Wettbewerber die nutzlos aufgewendeten Kosten, die ihnen für den angestrebten Markteintritt entstanden sind, ersetzt verlangen, was sich verglichen mit der Forderung des Ersatzes des entgangenen Gewinns als einfacher darstellt.[293] Dennoch sind diese Kosten in der Tat häufig viel geringer als der entgangene Gewinn. Offen ist auch die Frage, ob der ausgeschlossene Wettbewerber neben dem Vermögensschaden und dem entgangenen Gewinn für die Vergangenheit auch den künftigen Schaden verlangen kann, der aufgrund der Nachwirkung der Zuwiderhandlungen auftreten kann, wenn er nicht in der Lage ist, seinen Marktanteil zurückzuerlangen oder wieder in den Markt einzutreten. Denn der künftige Schaden geht über den tatsächlich erlittenen Schaden hinaus.[294] Die Chance sich auf dem für Wettbewerb offenstehenden Markt zu betätigen sowie die entgangenen Geschäftsmöglichkeiten können durch diese nachträglichen Kompensationen auch nicht wirklich wiederhergestellt werden. Die Schäden, für die die betroffenen Unternehmen und Verbraucher den Ersatz im Wege von Schadensersatzklagen geltend machen können, sind mithin tatsächlich nur ein Teil der insgesamt erlittenen Schäden.

Infolge der Beweisschwierigkeit hinsichtlich der Kausalität und des Schadensumfangs sowie der großen technischen Schwierigkeiten bei der Schadensermittlung in Wettbewerbsfällen ist in der Praxis zu beobachten, dass dem Geschädigten letztendlich nur ein Teil der Schadensforderung zugesprochen wird. Das führt wiederum dazu, dass der Geschädigte angesichts der Wahrscheinlichkeit des Unterliegens und der Kostenrisiken bereits bei der Erhebung einer kartellrechtlichen Schadensersatzklage dazu neigt, den Ersatz nur solcher Schäden zu verlangen, die einfach darzulegen, zu beweisen und zu quantifizieren sind.[295] Die geltend gemachte Schadensforderung und der zugesprochene Schadensersatz liegen in jedem Fall unter dem

---

Gaslieferungsgeschäft im Fall eines Abschlusses nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge wahrscheinlich zugeflossen wäre."

293 Vgl. EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, S. 72.

294 Diese Frage wird bisher vor deutschen Gerichten nicht behandelt. Laut dem Praktischen Leitfaden der EU-Kommission wurde in einer dänischen Entscheidung der Schadensersatz für den Zeitraum nach Beendigung der Zuwiderhandlung zuerkannt: **Ø**stre landsrets (Landgericht für Ostdänemark), Entscheidung vom 20.05.2009, B-3355-06 - *Forbruger-Kontakt A/S v Post Danmark A/S*. siehe EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, S. 73.

295 Dazu siehe unten § 5 D.II.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

vom Geschädigten tatsächlich erlittenen Schaden. Außerdem werden nicht sämtliche Geschädigten die ihnen zustehenden Schadensersatzansprüche vor Gericht geltend machen und letztendlich vollständigen Ersatz erhalten, so dass das Unternehmen, das das wettbewerbswidrige Verhalten begangen hat, nicht in allen Fällen zur Haftung gezogen wird und immer noch von der rechtswidrigen Handlung profitieren kann.[296]

Auf der Grundlage der obigen Analyse lässt sich zusammenfassen, dass die Verfolgung des Kompensationszwecks durch volle Entschädigung zur Unterkompensation im Allgemeinen und unter Umständen auch bezüglich individueller Schäden im konkreten Einzelfall führen kann. Dieses Dilemma könnte durch die Verfolgung des Abschreckungszwecks gelöst werden. Zunächst ist der ersatzfähige Schaden unter dem Ziel der Abschreckung nicht zwangsläufig auf den konkret erlittenen Schaden zu beschränken. Dies bedeutet aber nicht, dass alle durch wettbewerbsbeschränkendes Verhalten bedingten Schäden gleich ersatzfähig sind. Rechtliche Einschränkungen wie das Kausalitätserfordernis sind notwendig, um eine uferlose Haftung zu vermeiden. Zudem muss die Schadensberechnung bzw. die Feststellung des Ersatzbetrags nicht zwangsläufig durch den tatsächlich bzw. nachweislich eingetretenen Schaden begrenzt sein, sondern könnte mit Hilfe von diversen Instrumenten der Schadensberechnung und durch geschädigtenfreundliche Beweisanforderungen erleichtert und vereinfacht werden.[297] In Betracht kommen beispielsweise Schadenspauschalierungen bzw. Schadensschätzungen, mehrfacher Schadensersatz und Schadensvermutungen.[298]

2. Missverständnisse über den Abschreckungszweck

Es ist nicht zu leugnen, dass das Hauptziel kartellrechtlichem Schadensersatz naturgemäß im Ausgleich der durch den Kartellrechtsverstoß verursachten Schäden liegt. Die Schadensersatzklagen stellen einen wichtigen Aspekt der privaten Durchsetzung des Wettbewerbsrechts dar. Der Kompensationszweck gilt aber nicht für alle Formen der privaten Durchset-

296 Vgl. *Wagner*, AcP 2006, 352, 463f. Vgl. oben A.IV.1. Die Überführungswahrscheinlichkeit ist einer der Faktoren, die die Entscheidung des potenziellen Täters über das Begehen eines Rechtsverstoßes beeinflussen.

297 Vgl. auch *Stock*, S. 48f.

298 Näheres zu der Ausgestaltung der Regelungen siehe unten Kapitel § 5 und § 6.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zung.[299] Denn die private Durchsetzung erstreckt sich auf alle Bereiche der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts, die nicht nur mittels der Schadensersatzklagen, sondern auch durch die Einwendung der Nichtigkeit wettbewerbsbeschränkender Rechtsgeschäfte sowie der Beseitigungs- und Unterlassungsklage ermöglicht wird. Die Möglichkeit, die wettbewerbswidrige Verhaltensweise durch die kartellrechtlichen Zivilklagen anzugreifen, besteht nicht nur nach der Beendigung der Zuwiderhandlung, sondern bereits davor. Im Vergleich zum Schadensersatzanspruch dient die Geltendmachung von Beseitigung- und Unterlassungsansprüchen vielmehr dem Zweck, das Eintreten von Schäden oder eine weitere Ausdehnung bereits entstandener Nachteile für die Marktteilnehmer und den Wettbewerb zu vermeiden.[300] Wird die private Wettbewerbsrechtsdurchsetzung als Ganzes betrachtet, so ist sie mehr als ein Instrument zum Schadensausgleich der geschädigten Individuen. Sie ist auch geeignet, der Verhinderung, Einschränkung und Verfälschung des Wettbewerbs vorzubeugen. Der präventive Charakter der Abwehransprüche ist nicht mit dem Kompensationszweck vereinbar, der auf die Vergangenheit gerichtet ist. Die alleinige Betonung des Kompensationszwecks würde die Entwicklung der privaten Durchsetzung zu stark auf Schadensersatzklagen konzentrieren und andere Mittel vernachlässigen.

Der übliche Einwand gegen den Abschreckungszweck bezieht sich auf den Strafschadensersatz. Die Frage, ob ein Mehrfachschadensersatz automatisch mit einem Strafschadensersatz, der einem Pönalzweck dient, gleichzusetzen ist, wird an dieser Stelle zunächst hintangestellt und im Folgenden im Kapitel § 5 diskutiert. Das Ziel der Abschreckung lässt sich nicht nur mittels eines Strafschadensersatzes verwirklichen. Die Erhöhung des Schadensersatzes ist nur eine der Maßnahmen, um das Niveau der zivilrechtlichen Sanktionen zum Zwecke der Abschreckung zu erhöhen. Die Verzinsung ab dem Schadenseintritt und die Erhöhung der Aufdeckungsmöglichkeit hinsichtlich der Zuwiderhandlungen, etwa durch die Schaffung von Anreizen zur Klageerhebung, können gleichfalls zur Verstärkung der Abschreckungswirkung beitragen. Außerdem kann die Verbesserung der rechtlichen Bedingungen für die Geltendmachung der Abwehransprüche und für die Verbandsklage bzw. Sammelklage berücksichtigt werden.[301]

299 So auch *Hüschelrath/Peyer*, 36 World Competition 585 (2013), 591f.

300 Zur Bedeutung des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch s. unten § 4 D.

301 Auf die Maßnahmen zur Verbesserung der privaten Durchsetzung wird in den folgenden Kapiteln ausführlich eingegangen.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

II. Erhöhung der Durchsetzungskraft unter der dualen Zielsetzung

Aus dem oben genannten Grund ist der reine Schadensausgleich nicht ausreichend effizient, um den zugedachten Kompensationszweck auszufüllen. Außerdem ist die ergänzende Abschreckungswirkung zusätzlich zur behördlichen Ahndung nur für die Follow-on-Schadensersatzklagen zutreffend.[302]Ausgehend von einer optimalen Rechtsdurchsetzung muss die drohende Sanktion (mit Rücksicht auf die Überführungswahrscheinlichkeit) so große Kosten für den Rechtsverletzer verursachen, dass sich die Begehung des wettbewerbswidrigen Verhaltens finanziell nicht lohnt.[303]

Die Einrichtung und Aufrechterhaltung der privaten Durchsetzung generieren selbst Kosten. Dadurch steigen die Gesamtkosten der Rechtsdurchsetzung, unabhängig davon, worauf die private Durchsetzung abzielt. Verfolgt die private Durchsetzung allein den Kompensationszweck, führt dies nach einer Kosten-Nutzen-Analyse zu einem negativen Ergebnis. Zusätzlich zu der rechtlichen Überlegung ist unter Berücksichtigung der optimalen Rechtsdurchsetzung hier zu untersuchen, wie die erhöhten Durchsetzungskosten durch die hieraus resultierende effizienzsteigernde Wirkung gerechtfertigt werden können.

Sollte die private Durchsetzung neben dem Kompensationszweck auch den Abschreckungszweck verfolgen, würde dies ermöglichen, die im letzten Punkt genannten vielfältigen Instrumente zu einer Erhöhung des Niveaus der zivilrechtlichen Sanktionen einzusetzen. Dies würde zunächst einen erhöhten Anreiz für Privatpersonen zur Aufdeckung und Verfolgung wettbewerbswidriger Handlungen schaffen. Demzufolge würde sich die Aufdeckungswahrscheinlichkeit wettbewerbswidriger Verhaltensweisen im Allgemeinen erhöhen.[304] Zusätzlich bieten die den Einzelnen zur Verfügung stehenden zivilrechtlichen Rechtsmittel viele Möglichkeiten, Verstöße so früh wie möglich zu bekämpfen. Sie müssen den Schadenseintritt nicht abwarten. Einerseits sinken die Verfolgungskosten generell aufgrund reduzierter Kosten für die Beweisführung und anderer Verfahrenskosten, wenn rechtswidrige Wettbewerbsbeschränkungen frühzeitig aufgedeckt werden. Andererseits gilt: je früher der Rechtsverletzer von der Zuwiderhandlung abgehalten wird, desto geringer sind die individuellen und gesellschaftlichen Schäden aus der Zuwiderhandlung und desto leichter sind die Wett-

302 Vgl. oben S. 92: die Haltung der EU-Kommission im Weißbuch.
303 Vgl. oben in diesem Kapitel A.IV.1.
304 Vgl. oben in diesem Kapitel A.IV.2.a.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bewerbsbedingungen wiederherzustellen. Dadurch könnten die zivilrechtlichen Sanktionen auch einen Beitrag zur Prävention und Verhaltenssteuerung zusätzlich zum Ausgleich der individuellen Interessen leisten.

III. Diskussion über die Missbrauchsgefahr

Schließlich muss auch zu den Bedenken Stellung genommen werden, nach denen die private Durchsetzung unter Maßgabe des Abschreckungszwecks mit größerer Wahrscheinlichkeit missbraucht werden könnte. Es ist nicht zu leugnen, dass Privatpersonen eigene Interessen verfolgen. Die Ausübung des Rechts auf Schadensersatz und die Geltendmachung der Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche können eine Missbrauchsgefahr in sich bergen. Es ist aber auch nicht ausgeschlossen, dass die Wettbewerbsbehörde ihre Befugnisse bei der Verfolgung und Sanktionierung der wettbewerbswidrigen Handlungen missbraucht, auch wenn die behördliche Durchsetzung im öffentlichen Interesse erfolgt. Mit zunehmenden Anreizen steigt das Potential, dass die kartellrechtlichen Zivilklagen für eigene strategische Zwecke missbraucht werden. Diesen Missbrauchsmöglichkeiten kann aber durch die Ausgestaltung der Regeln und der gerichtlichen Verfahren begegnet werden.[305] Außerdem führen die individuellen Interessen zu unterschiedlichen Schwerpunkten bei der Auswahl der Fälle in der privaten Durchsetzung im Vergleich zu denen der Wettbewerbsbehörde.[306] Auf den Gebieten, auf denen die Wettbewerbsbörde unter Umständen von der Verfolgung absieht, können die kartellrechtlichen Zivilklagen aufgrund der oben genannten Gründe unter dem dualen Zweck zu einer höheren Aufdeckungswahrscheinlichkeit, einem verbesserten Schadensausgleich und einer verstärkten Abschreckung beitragen.

305 Vgl. *Lahme*, S. 4. *Lahme* widerspricht der Ansicht, die private Durchsetzung könne für eigene Interessen missbraucht werden: „Die Gefahr des missbräuchlichen Einsatzes ist jeder Freiheit immanent. Doch ist daraus kein Argument gegen die Freiheit an sich, sondern höchstens gegen die konkrete Ausgestaltung derselben abzuleiten." *Lahme* geht sodann davon aus, dass die einschlägigen Gesetze in einer Weise ausgestaltet werden können, die einen Missbrauch der privaten Rechtsdurchsetzung weitestgehend verhindert.

306 Vgl. *C. Jones*, 27 World Competition 13 (2004), 19.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

IV. Vereinbarkeit mit europäischem, deutschem und chinesischem Recht

1. EU

Nach der grundlegenden EuGH-Entscheidung *Courage* sind die Ziele der Schadensersatzklagen sowohl in der Kompensation erlittener Schäden des Einzelnen als auch in der Verstärkung der Durchsetzungskraft der europäischen Wettbewerbsregeln zu sehen. Die darauffolgende Rechtsprechung betonte zwar verstärkt den Kompensationszweck im Zusammenhang mit Schadensersatzklagen, hat aber den Abschreckungszweck nicht abgelehnt. Das in der EU-Schadensersatzrichtlinie festgestellte Prinzip des vollständigen Schadensersatzes weist deutlich auf die Verfolgung des Kompensationszwecks hin. Aufgrund des Prinzips der Vollkompensation verbietet die EU-Schadensersatzrichtlinie die Überkompensation durch Strafschadensersatz, Mehrfachschadensersatz oder andere Schadensersatzarten. Dies ist praktisch eine indirekte Verneinung des Abschreckungszwecks. Dadurch wird das Abschreckungsziel der privaten Durchsetzung geschwächt und von der EuGH-Rechtsprechung abgewichen.

Der Standpunkt der Europäischen Kommission (beim Entwurf der EU-Schadensersatzrichtlinie) könnte auf die Berücksichtigung der Effizienz der öffentlichen Kartellverfolgung und die möglichen Schwierigkeiten bei der Harmonisierung der Richtlinienvorgaben unter den Mitgliedstaaten zurückzuführen sein. Die EU-Kommission als zentrale Vollzugsbehörde des europäischen Wettbewerbsrechts, legt weniger Wert auf die Abschreckungswirkung durch die Schadensersatzklagen. Denn die Abschreckungswirkung wird weiter durch die Sicherstellung der effizienten öffentlichen Durchsetzung erzielt.[307] Die mit der EU-Schadensersatzrichtlinie zu lösender Aufgabe der EU-Kommission lag zunächst darin, die bestehenden wesentlichen Hindernisse bei der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs zu beseitigen und die private Durchsetzung mit Fokus auf Schadensersatzklagen in den Mitgliedstaaten zu etablieren. Daher waren die Schaffung von Regelungen, die es den Geschädigten ermöglichen, Schadensersatzklagen zu erheben, sowie die Erleichterung der Nachweise des Kartellrechtsverstoßes, des erlittenen Schadens und des Kausalzusammenhangs oberste Priorität der EU-Schadensersatzrichtlinie. Andere Optionen, wie etwa der Ersatz des doppelten Schadens im Fall von Kartellen wären zwar sehr effektiv, um die vollständige Kompensation des erlittenen Schadens zu erzielen,

307 Vgl. EU-Kommission, Impact assessment report, S. 34.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

warfen jedoch wesentliche Probleme hinsichtlich der Kompatibilität mit dem mitgliedstaatlichen Recht auf. Nur in sehr wenigen Mitgliedstaaten lassen die Zivilgerichte einen Strafschadensersatz zu, der über die volle Entschädigung des Opfers hinausgeht.[308]

Aufgrund des derzeitigen Standes der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts ist eine Schwächung des Abschreckungszwecks für die private Durchsetzung nicht zu empfehlen. Nach dem Systemwechsel zur Legalausnahme spielt die Abschreckungswirkung der zivilrechtlichen Sanktion gegen den potenziellen Rechtsverletzer bei der Durchsetzung des Art. 101 AEUV eine wichtigere Rolle.[309] Während Hardcore-Kartelle weiterhin im Mittelpunkt der behördlichen Kartellverfolgung stehen, unterliegt die Bewertung der rechtlichen Zulässigkeit vieler Arten von Vertikalvereinbarungen der Selbsteinschätzung der Unternehmen. Bei Streitigkeit über ihre Rechtswidrigkeit oder Zulässigkeit müssen die beteiligten Parteien oder die anderen betroffenen Marktbeteiligten den Zivilrechtsweg beschreiten.[310] Im System der Legalausnahme haben die Gerichte der Mitgliedstaaten die volle Kompetenz und Kapazität zur Anwendung des Art. 101 AEUV.

2. Deutschland

Im Schrifttum herrschte lange Zeit Uneinigkeit darüber, ob die kartellrechtliche Schadensersatzklage auf die Abschreckung der Rechtsverletzer abzielt oder abzielen soll. Der Kern dieser Debatte liegt eigentlich nicht im Konflikt zwischen Kompensations- und Abschreckungszweck, sondern in dem unantastbaren Ausgleichsprinzip und strengen Bereicherungsverbot des Schadensersatzrechts, die der kartellzivilrechtlichen Sanktion mit einem präventiven bzw. abschreckenden Zweck entgegenstehen. Allerdings lässt sich allmählich eine stärkere Betonung des Präventionsgedanken und des verhaltenssteuernden Zwecks des Schadensersatzrechts in der Rechtsprechung und im Schrifttum beobachten.[311] In der kartellrechtlichen Literatur stellt die Anerkennung des Abschreckungszwecks für die Schadensersatz-

308 EU-Kommission, Impact assessment report, S. 41, 55f.
309 Vgl. auch *Krüger*, S. 30.
310 Sie werden auch häufig von den Wettbewerbsbehörden auf den Zivilrechtsweg verwiesen.
311 Dazu siehe *Wagner*, in: MüKo BGB, Vor § 823 Rn. 45ff; *Müller*, S. 299, 325ff; *Möller*, S. 238ff.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

pflicht heutzutage auch kein Novum mehr dar.[312] Es wird zudem erkannt, dass die Schadensersatzpflicht für Sanktionen von Kartellrechtsverstößen zur Kartellrechtsdurchsetzung instrumentalisiert wird.[313]

Seit der 7. GWB Novelle ist der Schadensersatzanspruch mit dem Wegfall des Schutznormerfordernisses als eigenständige Anspruchsgrundlage im GWB verankert. Aus der Begründung zum Gesetzesentwurf der 7. GWB-Novelle ist auch herauszulesen, dass die Abschreckungswirkung von Schadensersatzansprüchen im Allgemeinen anerkannt wird, die nicht nur eine erwünschte zusätzliche Nebenfolge der Follow-on-Klagen ist.[314] Denn die Orientierung des kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs am Ausgleichsprinzip wurde bereits vermehrt in Frage gestellt.[315] De lege ferenda ist die Anerkennung des Abschreckungs- bzw. Präventionszwecks der privaten Durchsetzung die Tendenz, sei es als Folge eines Paradigmenwechsels im Schadensersatz- und Haftungsrecht im Allgemeinen oder als eine kartellrechtliche Ausnahme vom Ausgleichsprinzip. Unter dem Abschreckungszweck wäre somit ein überkompensatorischer Schadensersatz nicht mehr ausgeschlossen. Denn der Umfang des Schadensersatzes wird durch „das erstrebte Maß an Prävention" bestimmt.[316]

Die gegen den Abschreckungszweck angeführten Bedenken hinsichtlich einer Überkompensation und übermäßigen Abschreckung scheinen in Deutschland realitätsfern zu sein.[317] Da es keine Aufbereitung statistischer Daten für die Bewertung der Schadensersatzklagen in Deutschland gibt, sind hier die einschlägigen empirischen Studien über den zugesprochenen Schadensersatz in Kartellfällen in den USA als Referenz heranzuziehen. Dies ist deshalb möglich, weil der zugesprochene Schadensersatz in den USA allgemein höher als der in der EU und Deutschland ausfällt. *Connor* und *Lande* (2015) haben sämtliche 71 abgeschlossene private Antitrust-Klagen zwischen 1990 und Mitte 2014 in den USA, deren erforderliche

312 *Ackermann*, ZWeR 2010, 329, 348; *Bulst*, S. 127–131; *Hempel*, WuW 2004, 362, 369.

313 *Fuchs*, in: Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung, § 1 Instrumente, Funktionen und Entwicklung Rn. 26f; *Roth*, in: FS Huber (2006), S. 1133, 1135; *Müller*, S. 187ff. Zum Privatrecht im Dienst des kartellrechtlichen Präventionsanliegens siehe *Ackermann*, in: FS Canaris (2017), S. 1057, 1066ff.

314 „Die Abschreckungswirkung von Schadensersatzansprüchen wird nicht dadurch infrage gestellt, dass Zivilrechtsverfahren vielfach erst im Anschluss an behördliche Verfahren durchgeführt werden (sog. Follow-on-Klagen)." BT-Drucks. 15/3640, S. 36.

315 Siehe oben C.I.

316 *Wagner*, AcP 2006, 352, 469 und Fn. 545.

317 Vgl. *Ackermann*, ZWeR 2010, 329, 349.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Informationen abgerufen werden konnten, ausgewertet. Nur bei 14 der 71 Kartelle (20 %) wurden die Geschädigten vollständig entschädigt. In weiteren sieben Fällen (10 %) erhielten die Geschädigten mindestens den Ersatz in doppelter Höhe des erlittenen Schadens. Die Geschädigten in den restlichen 57 Fällen erhielten weniger als ihren tatsächlich erlittenen Schaden und zwölf davon erhielten sogar weniger als 10 % ihres Schadens.[318] Der Gesamtwert der verhängten Sanktionen gegen die Kartelle, die sämtliche Sanktionsmittel einschließlich Geldbußen, Schadensersatz und monetären Gegenwert von Haftstrafen umfassten, betrug nach den Berechnungen von *Connor* und *Lande* (2012) im Durchschnitt nur 9 bis 21 % des optimalen Sanktionswerts.[319] Das derzeitige Sanktionsniveau in den USA ist daher – zumindest für Kartelle – nicht ausreichend, um eine optimale Abschreckung zu erreichen.[320] Auch bezüglich des dreifachen Schadensersatzes in den USA ist eine Spekulation hinsichtlich einer Überabschreckung und Überkompensation nicht angebracht. Hingegen wird in den empirischen Studien gezeigt, dass der dreifachem Schadensersatz eher in der Tat eine kompensatorische Funktion zugebilligt wird.[321] Weil in den USA grundsätzlich keine prejudgement Zinsen zugesprochen werden,[322] relativiert sich die Differenz zu Deutschland, wo der einfache Schaden, entgangener Gewinn und Zinsen ab Schadenseintritt zugesprochen werden. In Deutschland gibt es aber nicht so viele Schadensersatzklagen und vor allem keine *class action* wie in den USA. Die Bedenken gegen den Abschreckungszweck sollten nicht gegen ihn an sich gerichtet sein, sondern eher gegen die konkrete Ausgestaltung der Regelungen bzw. Maßnahmen. Übermäßige Maßnahmen können auf jeden Fall vermieden werden.

3. China

Im Vergleich mit der Rechtslage in der EU und Deutschland sind die rechtlichen Hindernisse für die Festlegung des Abschreckungszwecks in China

318 *Connor/Lande*, 100 Iowa Law Rev. 1997 (2015), 2018.
319 *Connor/Lande*, 34 Cardozo Law Rev. 427 (2012), 430. In der Studie wurde der „standard optimal deterrence approach" in Anlehnung an den Ansatz von *Lande* verwendet. Ausführliche Erklärung zur Auswertungsmethode siehe *Connor/Lande*, 34 Cardozo Law Rev. 427 (2012), 468, Fn. 9, 15–22.
320 *Connor/Lande*, 34 Cardozo Law Rev. 427 (2012), 476–479.
321 Vgl. *Lande*, 54 Ohio St.L.J. 115 (1993), 122; *Lovell*, 34 J. Econ. Bus. 263 (1982).
322 Gemäß Section 4 (a) Clayton Act ist in Ausnahmefällen eine einfache Verzinsung des tatsächlichen Schadens zwischen Klagezustellung und Urteil möglich.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

relativ gering. Vielmehr ist es eine praktische Notwendigkeit, die private Rechtsdurchsetzung neben der Kompensation auch auf die Abschreckung auszurichten.

Obwohl die Durchsetzung des Antimonopolgesetzes ebenfalls hauptsächlich von der öffentlichen Durchsetzung dominiert wird, ist sie im Allgemeinen aufgrund unzureichender Abschreckungswirkung nicht wirksam.[323] Die Intensität der behördlichen Verfolgung lassen sich durch die Anzahl der ergangenen Entscheidungen ablesen. Von 2015 bis 2019 wurden insgesamt 85 Entscheidungen (einschließlich Bußgeldentscheidungen und Beschlüsse über Verfahrenseinstellungen) von den frühen Antimonopolbehörde bei SAIC und NDRC und der Antimonopolbehörde bei SAMR veröffentlicht.[324] Die Anzahl der behördlichen Verfahren ist für einen Gesamtzeitraum von 5 Jahren relativ gering. In der bisherigen Vollzugspraxis werden die verhängten Bußgelder im Durchschnitt als zu niedrig im Vergleich zu dem Schadensausmaß der Zuwiderhandlungen und den wirtschaftlichen Vorteilen aus dem Wettbewerbsverstoß bewertet.[325] Die vom AMG vorgesehenen Sanktionen durch die Vollzugsorgane umfassen nach §§ 46 und 47 AMG a.F. die Einstellung der rechtswidrigen Verhaltensweisen, die Beschlagnahme der rechtswidrigen Einkünfte und eine Geldbuße in Höhe von 1 bis 10 % des letzten Jahresumsatzes auf dem chinesischen Markt. Es gibt jedoch nur selten Fälle, in denen die aus dem Wettbewerbsrechtsverstoß erlangten Einkünfte berechnet und beschlagnahmt wurden. Die Geldbuße ist die am meisten verhängte Sanktion. Bis zum Jahr 2018 wurde der „Jahresumsatz" in § 46 AMG a.F. durch die Vollzugsbehörde sehr eng ausgelegt, indem hierunter nur der Umsatz aus dem Verkauf relevanter Produkte auf dem relevanten Markt im Vorjahr subsumiert wurde.[326] In den

323 Vgl. *Wang, Jian/Zhang, Jing*, FLKX 4 (2016), 124, 131ff. Die unzureichende Abschreckung spiegelt sich in drei Aspekten wider: der insgesamt relativ geringen Höhe der verhängten Bußgelder, dem unklaren Ermessensspielraum bei der Verhängung von Bußgeldern und den Unklarheiten bei den Kriterien für die Anwendung der Kronzeugenregelung.

324 Die Daten stammen aus den von den SAIC, NDRC und SAMR veröffentlichten Informationen. Es werden nur die von ihnen eingeleiteten Verfahren gezählt. Die Entscheidungen der Fusionskontrolle sind nicht erfasst. Die statistischen Daten zur behördlichen Verfolgung durch die Wettbewerbsbehörden auf Provinzebene sind nicht überschaubar und werden hier aufgrund der geringen Relevanz für die vorliegende Arbeit außer Acht gelassen.

325 Die gleiche Schlussfolgerung wurde auf der Basis der Praxis der ersten sieben Jahre getroffen. Siehe *Wang, Jian/Zhang, Jing*, FLKX 4 (2016), 124, 132.

326 Vgl. *Wang, Jian/Zhang, Jing*, FLKX 2016, 124, 131f.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ergangenen Entscheidungen lagen die Geldbußen bis zum Jahr 2017 meist zwischen 1 und 3 % des Umsatzes des Vorjahres. Seit dem Jahr 2019 wurde in einigen Verfahren das Bußgeld auf der Basis des Gesamtumsatzes des Unternehmens verhängt. In 2020 verhängte die SAMR ein Rekordbußgeld gegen *Alibaba* wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für Online-Plattformen in Höhe von 18,228 Mrd. RMB (ca. 2,3 Mrd. Euro). Die Geldbuße wurde auf der Grundlage des gesamten Inlandsumsatzes des Unternehmens im Jahr 2019 berechnet und betrug 4 % des letzten Jahresumsatzes.[327]

Bei der Überarbeitung des Antimonopolgesetzes wurde die Tatsache berücksichtigt, dass die abschreckende Wirkung der behördlichen Durchsetzung unzureichend war. Das neue Gesetz verschärft insbesondere die Sanktionen im Falle von Monopolvereinbarungen erheblich. Gemäß § 56 AMG droht dem an einer Monopolvereinbarung beteiligten Unternehmen auch dann eine Geldbuße von bis zu fünf Millionen Yuan, wenn es im Vorjahr keinen Umsatz erzielt hat. Wenn die Monopolvereinbarung noch nicht umgesetzt wurde, kann ein Bußgeld von bis zu drei Millionen Yuan verhängt werden, anstatt der ursprünglichen fünfhunderttausend Yuan. Eine neu eingeführte Geldbuße von bis zu einer Million Yuan kann gegen gesetzliche Vertreter und Auftraggeber verhängt werden, die persönlich für den Abschluss einer Monopolvereinbarung verantwortlich sind. Es bleibt abzuwarten, wie sich die tatsächliche Durchsetzung der neuen Regelungen auswirken wird.

Wie im Kapitel § 1 beschrieben, ist die private Durchsetzung unterentwickelt. Es gibt nur wenige Fälle, in denen dem Kläger der Schadensersatz zugesprochen wurde. Die potenziellen Rechtsverletzer können sich darauf verlassen, dass sie mit großer Wahrscheinlichkeit nicht zur Haftung gezogen werden. Die drohenden behördlichen und zivilrechtlichen Sanktionen reichen nicht aus, um sie von wettbewerbswidrigem Verhalten abzuhalten. Die Bedenken einer Überkompensation und einer übermäßigen Abschreckung entbehren im Hinblick auf den aktuellen Stand der Kartellrechtsdurchsetzung in China jeder Grundlage. Vor diesem Hintergrund ist die private Durchsetzung mit vorrangigem oder sogar alleinigem Kompensationszweck wenig sinnvoll. Um ein wirksameres Durchsetzungssystem des Antimonpolrechts zu erzielen, ist es notwendig, die behördliche Durchset-

327 SAMR v. 10.4.2021, Guo Shi Jian Chu (2021) No 28 – *Alibaba*.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY - https://www.nomos-elibrary.de/agb

zung weiter zu stärken und die duale Zielsetzung der privaten Durchsetzung zu verdeutlichen.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

§ 3 Nichtigkeitssanktion

Wie bereits in § 1 erklärt, kann das Wettbewerbsrecht durch die Geltendmachung der Nichtigkeit der verbotenen wettbewerbsbeschränkenden Rechtsgeschäfte von Privaten defensiv genutzt werden. Die Nichtigkeitssanktion als Teil der kartellrechtlichen Privatrechtssanktionen kann sich entweder unmittelbar aus gesetzlichen kartellrechtlichen Vorschriften ergeben oder auf allgemeine Regeln des Zivilrechts bzw. Vertragsrechts gestützt werden. Nachfolgend wird zuerst die Rechtslage hinsichtlich der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts wegen Wettbewerbsrechtsverstoßes in der EU, Deutschland und China dargestellt. Danach wird geschildert, wie sich die Nichtigkeit als Verteidigungsmittel in der Praxis auswirkt. Darauf aufbauend werden die Bedeutung der Nichtigkeitssanktion für die private Rechtsdurchsetzung und ihre Grenzen herausgearbeitet.

A. Rechtslage

I. EU-Recht

Die nach Art. 101 Abs. 1 AEUV verbotenen, wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen und Beschlüsse, für die eine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV nicht gewährt wird, sind nach Art. 101 Abs. 2 AEUV nichtig. Dabei gilt die Nichtigkeitsfolge für Vereinbarungen zwischen Unternehmen und Beschlüsse zwischen Unternehmensvereinigungen, jedoch nicht für das nach Art. 101 Abs. 1 AEUV unerlaubte abgestimmte Verhalten – die „faktische Bindungen".[328] Die Verträge, die die Kartellmitglieder untereinander zum Zustandekommen bzw. zur Durchführung der eigentlich wettbewerbswidrigen Vereinbarung schließen, werden ebenfalls von der Nichtigkeitsanordnung erfasst.[329] Von dieser nicht erfasst sind die von den Kartellmitgliedern abgeschlossenen Folgeverträge mit Dritten, z.B. die aufgrund einer wettbewerbswidrigen Vereinbarung erteilten Aufträge und durchgeführten

328 Dazu siehe *Schröter/van der Hout*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 101 Abs. 2 AEUV Rn. 213.

329 *Weyer*, in: FK, Zivilrechtsfolgen Art. 81 EG Rn. 140 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Lieferungen sowie die daraus folgenden Zahlungsverpflichtungen.[330] Die Folgeverträge werden primär aus Gründen der Rechtssicherheit nicht von der Nichtigkeitsfolge erfasst, und sind nur dann nichtig, wenn sie selbst gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV verstoßen.[331]

Die unionsrechtliche Nichtigkeitsanordnung wirkt grundsätzlich unmittelbar und absolut. Eine vorherige Anordnung über das Verbot der Vereinbarungen durch die Europäische Kommission, einer nationalen Wettbewerbsbehörde oder eine Entscheidung der europäischen oder der nationalen Gerichte ist gemäß Art. 1 VO Nr. 1/2003 nicht erforderlich. Unter „absoluter" Wirkung ist dabei zu verstehen, dass eine nach Art. 101 Abs. 2 AEUV nichtige Vereinbarung zwischen den Vertragspartnern keine Wirkung erzeugt und Dritten nicht entgegengehalten werden kann.[332] Die aus dem Kartellverstoß fließende Nichtigkeit, die sich unmittelbar aus dem europäischen Recht ergibt, wirkt grundsätzlich von Anfang an.[333]

Der Begriff der Nichtigkeit, der die Anwendung des Art. 101 AEUV betrifft, ist nach der EuGH Rechtsprechung nur im Rahmen der unionsrechtlichen Zielsetzung auszulegen und auf diese zu beschränken.[334] Eine von dem EuGH anerkannte Einschränkung betrifft die Teilnichtigkeit der betroffenen Vereinbarung. Nichtig sind nach dem EuGH nur diejenigen Teile der Vereinbarung, die unter das Verbot der wettbewerbsbeschränkenden Abstimmungen fallen und die damit untrennbar verbundenen Teile der Vereinbarung, weshalb es möglicherweise dennoch zu einer Gesamt-

330 EuGH v. 14.12.1983, C-319/82, ECLI:EU:C:1983:374, Rn. 12 – *Kerpen*. Zur deutschen Praxis siehe unten II.

331 Dies ist in der Literatur allgemein anerkannt und ist aus der Praxis bekannt. Dazu siehe *Weyer*, in: FK, Zivilrechtsfolgen Art. 81 EG Rn. 141f m.w.N. In jüngerer Zeit gibt es allerdings Argumente für die Anwendung von Art. 101 Abs. 2 AEUV auf die Folgeverträge. Eingehend *Schmidt*, in: FS Möschel (2011), S. 559, 563, 568ff.

332 EuGH v. 20.9.2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 22 – *Courage*; und die dort angeführten Entscheidungen: EuGH v. 25.11.1971, C-22/71, ECLI:EU:C:1971:113, Rn. 29 – *Beguelin*; EuGH v. 6.2.1973, C-48/72, ECLI:EU:C:1973:11, Rn. 25/26 – *Brasserie de Haecht (II) vs. Wilkin u. Janssen*.

333 EuGH v. 6.2.1973, C-48/72, ECLI:EU:C:1973:11, Rn. 25/26 – *Brasserie de Haecht (II) vs. Wilkin u. Janssen*; EuGH v. 20.9.2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 22 – *Courage*; *Schmidt*, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 101 Abs. 2 AEUV Rn. 15 m.w.N. Bekanntlich gibt es auch Ausnahmen vom Grundsatz der ex tunc Nichtigkeit. Diese werden unter dem Gesichtspunkt des deutschen Rechts thematisiert.

334 EuGH v. 30.6.1966, C-56/65, Slg. 1966, 281, 304 – *Maschinenbau Ulm*. Durch die Auslegung des EuGH können Einschränkungen der Nichtigkeit vorgesehen oder Raum für eine Einschränkungen durch das nationale Recht der Mitgliedstaaten gelassen werden. Dazu siehe *Weyer*, in: FK, Zivilrechtsfolgen Art. 81 EG Rn. 128ff.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nichtigkeit kommen kann.[335] Soweit die Nichtigkeitsfolge des Art. 101 Abs. 2 AEUV in dem konkreten Fall reicht, ist ein Rückgriff auf das nationale Recht (im deutschen Recht § 134 BGB) nicht erforderlich. Für die Beurteilung der Reichweite der Teilnichtigkeit, sprich inwieweit es zu einer Gesamtnichtigkeit der Vereinbarung kommt, ist jedoch auf das nationale Recht (im deutschen Recht § 139 BGB) zurückzugreifen.[336]

Im Gegensatz dazu enthält Art. 102 AEUV keine explizite Nichtigkeitsanordnung. Eine unionsrechtliche Nichtigkeitsfolge für die missbräuchliche Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung ist im AEUV nicht vorgesehen. Hierdurch wird eine Nichtigkeitssanktion jedoch nicht ausgeschlossen. Der EuGH hat bereits im Fall *Ahmed Saeed Flugreisen* darauf hingewiesen, dass es die Sache der zuständigen nationalen Verwaltungsbehörden oder Gerichten sei, aus der Anwendbarkeit des Verbots die Konsequenzen zu ziehen und, mangels einschlägiger unionsrechtlicher Vorschriften, gestützt auf ihr nationales Recht, eventuell die Nichtigkeit der fraglichen Vereinbarung festzustellen.[337] Die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften, die gegen das unionsrechtliche Missbrauchsverbot verstoßen, ist daher dem nationalen Recht zu entnehmen. Diesbezügliches wird anschließend im Rahmen des deutschen Rechts näher erklärt.

In der Fusionskontrolle kann der Verstoß gegen das Vollzugsverbot zivilrechtliche Folgen nach sich ziehen. Bei Missachtung des Vollzugsverbots nach Art. 7 Abs. 1 FKVO sind die abgeschlossenen Rechtsgeschäfte nach Abs. 4 schwebend unwirksam, was vom Ausgang der Fusionskontrolle abhängt.[338] Wenn der Zusammenschluss freigegeben ist bzw. gemäß Art. 10 Abs. 6 FKVO als freigegeben gilt, werden die vorgenommenen Rechtsgeschäfte ex tunc wirksam. Andernfalls sind die Rechtsgeschäfte bei Untersagung des Zusammenschlusses von Anfang an als unwirksam anzusehen. Die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen richten sich nach dem nationalen Recht.

335 EuGH v. 30.6.1966, C-56/65, Slg. 1966, 281, 304 – *Maschinenbau Ulm*; EuGH v. 13.7.1966, C 56/64, Slg. 1966, 321, 392 f. – *Grundig-Consten*; EuGH v. 28.2.1991, C-234/89, ECLI:EU:C:1991:91, Rn. 40 – *Delimitis vs. Henninger Bräu*; *Schmidt*, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 101 Abs. 2 AEUV Rn. 21.

336 *Schmidt*, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 101 Abs. 2 AEUV Rn. 21, 23 m.w.N. Vgl. unten II.1.

337 EuGH v. 11.4.1989, C-66/86, ECLI:EU:C:1989:140, Rn. 45 – *Ahmed Saeed Flugreisen.*

338 *Körber*, in: Immenga/Mestmäcker, FKVO Art. 7 Rn. 46; *König/Siegert,* in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, VO (EG) 139/2004 Art. 7, Rn. 16.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

II. Deutsches Recht

1. Nichtigkeitsanordnung nach § 134 BGB

Durch die 7. GWB-Novelle wurde das ausdrückliche Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen geregelt. Vereinbarungen und Beschlüsse, die gegen § 1 GWB - ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB - verstoßen, sind nichtig, soweit sich aus den §§ 2 f. GWB nicht etwas anderes ergibt.[339] Dies steht im Ergebnis in Einklang mit dem System der Legalausnahme des europäischen Rechts.[340] Mangels Vorliegens eines Rechtsgeschäfts greift die Nichtigkeitsanordnung des § 134 BGB bei einer abgestimmten Verhaltensweise nicht. Die Folgeverträge, die Kartellbeteiligte mit Dritten, die nicht an dem Kartell beteiligt sind, abschließen, werden nach der überwiegenden Ansicht nicht von der Nichtigkeit nach § 1 GWB i.V.m. § 134 BGB erfasst.[341] Eine Anfechtung nach § 123 BGB kommt nur dann in Betracht, wenn der Kartellbeteiligte den Dritten über das Bestehen einer kartellrechtswidrigen Absprache zum Abschluss eines Folgevertrags getäuscht hat.[342]

Wie Art. 102 AEUV enthält § 19 GWB selbst keine explizite Nichtigkeitsanordnung für die missbräuchliche Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung. § 19 Abs. 1 GWB sieht ein unmittelbares Verbot des Marktmachtmissbrauchs vor und ist deshalb ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB.[343] Gleiches gilt für Art. 102 AEUV, der ebenfalls ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB darstellt.[344] Dies entspricht der herrschenden

339 Vgl. die Gesetzesmaterialien zur 6. und 7. GWB-Novelle: BT-Drucks. 13/9720, S. 46; BT-Drucks. 15/3640, S. 44. Demgegenüber wird in der Literatur auch teilweise vertreten, die Nichtigkeitsfolge sei unmittelbar aus dem Sinn und Zweck des Verbots der Kartellvereinbarungen selbst herzuleiten. Zu der Begründung siehe *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, § 1 GWB Rn. 59 und die dort angeführte Literatur.

340 Vgl. *Roth/Ackermann*, in: FK, § 1 GWB Rn. 110; *Krauß*, in: Langen/Bunte, § 1 GWB Rn. 332.

341 BGH v. 9.7.1984, WuW/E BGH 2100, 2102 – *Schlussrechnung;* OLG Düsseldorf v. 30.7.1987, WuW/E OLG 4182–4184 – *Delcredere-Übernahme;* OLG Düsseldorf v. 1.4.2015 – U (Kart) 19/14, BeckRS 2015, 11435, Rn. 43; *Roth/Ackermann*, in: FK, § 1 GWB Rn. 119. A.A. *Säcker*, ZWeR 2008, 348, 353ff.

342 Näheres dazu siehe *Roth/Ackermann*, in: FK, § 1 GWB Rn. 120; *Franck*, AcP 2013, 222, 224f.

343 *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, § 19 GWB Rn. 385; *Wolf*, in: MüKo GWB, § 19 Rn. 210; *Armbrüster*, in: MüKo BGB, § 134 Rn. 66.

344 *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 102 AEUV Rn. 426; *Armbrüster*, in: MüKo BGB, § 134 Rn. 37.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Meinung, nach der § 134 BGB auf die Rechtsgeschäfte, die gegen § 19 GWB bzw. Art. 102 AEUV verstoßen, grundsätzlich anwendbar ist.[345] Obwohl nur eine der Parteien – das marktbeherrschende Unternehmen – der Adressat des Missbrauchsverbots ist, ist das Rechtsgeschäft auch dann als nichtig anzusehen, wenn bei Hinnahme der durch das Rechtsgeschäft getroffenen rechtlichen Regelung der Zweck des Verbotsgesetzes nicht zu erreichen wäre.[346] In manchen Konstellationen kann ein Rechtsgeschäft wegen eines Verstoßes gegen das Missbrauchsverbot des GWB auch aufgrund Sittenwidrigkeit gemäß § 138 BGB nichtig sein.[347] Soweit die Tatbestände sowohl von § 134 BGB als auch § 138 BGB erfüllt sind, findet in der Regel § 134 BGB vorrangig Anwendung.[348]

Das Fehlen einer abschließenden Nichtigkeitsanordnung in Art. 102 AEUV lässt sich zuerst damit begründen, dass das Missbrauchsverbot sich einseitig gegen das marktbeherrschende Unternehmen und häufig auch seine tatsächlichen Verhaltensweisen richtet.[349] Aus demselben Grund ist eine undifferenzierte Nichtigkeitsfolge in § 19 GWB nicht zwingend notwendig. Zweitens ist es weder praktisch noch angemessen, eine pauschale Nichtigkeitsfolge bezüglich des Missbrauchsverbots – insbesondere im Unionsrecht – anzuordnen, weil das Missbrauchsverbot unterschiedliche Fallgruppen erfasst und das gegen §§ 19, 20 GWB bzw. Art. 102 AEUV verstoßende Rechtsgeschäft oft die Schutzinteressen anderer Marktteilnehmer berührt, die sich nicht rechtswidrig verhalten haben.[350] Wenn eine gegen

345 Vgl. zur Mindermeinung gegen die Anwendung des § 134 BGB auf Art. 102 AEUV: *Dirksen*, in: Langen/Bunte, 10. Aufl., Art. 82 EG Rn. 208. Vgl. zur Mindermeinung gegen die Anwendung des § 134 BGB auf § 19 GWB: *Leo*, in: Gemeinschaftskommentar, § 19 GWB Rn. 171ff.

346 Ständige Rechtsprechung des BGH v. 30.4.1992, NJW 1992, 2021; BGH v. 22.3.1990, NJW-RR 1990, 948 m.w.N. Insbesondere in Bezug auf das Missbrauchsverbot des GWB vgl. OLG Düsseldorf v. 17.12.2008, NJW 2009, 1087, 1088f – *Schilderprägestelle*. Zum Ganzen vgl. *Wolf*, in: MüKo GWB, § 19 Rn. 210.

347 Beispielsweise kann ein Rechtsgeschäft, das den Tatbestand des Ausbeutungsmissbrauchs nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB erfüllt, möglicherweise gegen die guten Sitten verstoßen und nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sein. Dazu siehe *Leo*, in: Gemeinschaftskommentar, § 19 GWB Rn. 175. Entscheidungen z.B.: BGH v. 23.6.1979, WuW/E 1638–1641 – *Metallhütte*; BGH v. 16.6.1971, BB 1971, 1177 – *Stromlieferung*.

348 *Busche*, in: KK, § 19 GWB Rn. 200. Zum Verhältnis von § 134–§ 138 BGB siehe *Armbrüster*, in: MüKo BGB, § 134 Rn. 4.

349 *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 102 AEUV Rn. 425; *Schröter/Bartl*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 102 AEUV Rn. 54.

350 *Weyer*, in: FK, Zivilrechtsfolgen Art. 102 AEUV Rn. 47; *Eilmansberger/Bien*, in: MüKo EuWettbR, Art. 102 Rn. 662.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Art. 102 AEUV bzw. § 19 GWB verstoßende missbräuchliche Verhaltensweise in Form eines Rechtsgeschäfts vorliegt, bestimmt sich die Anwendbarkeit und Tragweite der Nichtigkeit daher nach § 134 BGB.

2. Nichtigkeitsfolge und alternative Gestaltungsformen aufgrund des Normzweckvorbehaltes des § 134 BGB

Die Nichtigkeitsfolge eines Verstoßes gegen § 1 GWB ergibt sich aus seiner kombinierten Anwendung mit § 134 BGB. Die nichtige Vereinbarung erzeugt zwischen den Vertragspartnern keine Wirkungen. Grundsätzlich wirkt die Nichtigkeit der Vereinbarung ex tunc.[351] Die Nichtigkeitsfolge trifft die unter das Kartellverbot fallende Vereinbarung. Dies führt nicht immer zur Gesamtnichtigkeit der Vereinbarung. Die Nichtigkeitsfolge beschränkt sich auf die kartellrechtswidrigen Vertragsbestimmungen und Klauseln der Beschlüsse, während die übrigen Teile grundsätzlich unberührt bleiben. Ein Vertrag ist teilnichtig, wenn der von dem Gesetzesverbot und der Nichtigkeit erfasste Teil von den übrigen Vertragsbestandteilen objektiv trennbar ist und die Vertragsparteien das Rechtsgeschäft ohne den nichtigen Teil auch vornehmen können.[352] Die Wirkung des verbleibenden Vertragsbestandteils richtet sich nach § 139 BGB.[353] Der gesamte Vertrag oder Beschluss ist dann nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass er auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Mithin ist der hypothetische Parteiwille maßgebend.[354]

Eine in der deutschen Rechtsprechung anerkannte Ausnahme der ex tunc Wirkung der Nichtigkeit ergibt sich für Dauerschuldverhältnisse. Wenn das gegen das Kartellverbot verstoßende Verhalten erst im Laufe

---

351 *Roth/Ackermann*, in: FK, § 1 GWB Rn. 111; *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, § 1 GWB Rn. 60 m.w.N. Eine Einschränkung der Nichtigkeit ex tunc ergibt sich bei kartellverbotswidrigen Gesellschaftsverträgen aus den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft. Umstritten bei Personengesellschaften, siehe *Roth/Ackermann*, in: FK, § 1 GWB Rn. 122; *Roth*, in: FS Hopt (2010), S. 2881, 2896ff.

352 *Krauß*, in: Langen/Bunte, § 1 GWB Rn. 340. Zur Teilnichtigkeitsanordnung des Rechtsgeschäfts bei einem Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 nach § 139 BGB, siehe *Schmidt*, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 101 Abs. 2 AEUV Rn. 23f.

353 Wenn es sich bei der gegen das Kartellverbot verstoßenden Klausel um eine Allgemeine Geschäftsbedingung handelt, findet § 306 BGB Anwendung, siehe BGH v. 8.5.2007, NJW 2007, 3568, 3569f – *Kfz-Vertragshändler III*. Eingehend *Roth/Ackermann*, in: FK, § 1 GWB Rn. 113, 118.

354 *Krauß*, in: Langen/Bunte, § 1 GWB Rn. 340; *Schmidt*, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 101 Abs. 2 AEUV Rn. 26.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

eines Vertrags verwirklicht wird und das Verbotsgesetz die für die Zukunft eintretende Nichtigkeit nach seinem Sinn und Zweck erfordert, wird der bereits wirksame Vertrag nur ex nunc unwirksam.[355]

Das Missbrauchsverbot nach § 19 GWB bzw. Art. 102 AEUV hat zwar nicht spezifisch rechtsgeschäftliche Vereinbarungen zum Gegenstand, es ist aber möglich, dass eine missbräuchliche Verhaltensweise in Form eines Rechtsgeschäfts vorliegt und insofern § 134 BGB Anwendung findet. Der Normzweck und die diversen Schutzobjekte des § 19 GWB bzw. Art. 102 AEUV sind im Rahmen des Normzweckvorbehalts in § 134 Hs. 2 BGB bei der Anwendbarkeit der Nichtigkeitsfolge stets zu beachten. Die Nichtigkeitsfolge eines unter § 19 GWB fallenden Rechtsgeschäfts tritt nur insoweit ein, als sie mit dem Normzweck des § 19 GWB in Einklang steht. Demzufolge darf die Nichtigkeit nicht die schutzwürdigen Interessen der behinderten Marktteilnehmer beeinträchtigen. Die Reichweite der Nichtigkeitsfolge kann aufgrund des Zwecks des Verbotsgesetzes beschränkt werden.[356] Neben der Gesamtnichtigkeit ist in der Praxis und Literatur auch die Teilnichtigkeit, ex nunc Unwirksamkeit und Vertragsanpassung in bestimmten Konstellationen als Rechtsfolge anerkannt, wenn dies zur Verwirklichung des Normzwecks des Verbotsgesetzes notwendig und angemessen ist.[357] Es stellt sich die Frage, wie die von § 134 BGB angeordnete Nichtigkeit die unterschiedlichen Fallgruppen des Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung aufgreifen kann und wie die Tragweite der Unwirksamkeitsfolge in den unterschiedlichen Situationen erkannt wird. Dies wird in dem folgenden Abschnitt B. Praxisanwendung weiter erörtert.

Wenn die kartellrechtswidrige Vereinbarung unwirksam ist, kann die Partei grundsätzlich einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäß § 812 BGB geltend machen, sodass sie das bereits übertragene Vermögen bzw. die erbrachten Leistungen zurückfordern kann.[358] Allerdings ist der Bereicherungsanspruch nach § 817 BGB ausgeschlossen, wenn die Vertragspartei selbst gegen das Kartellrecht verstoßen hat. Eine Ausnahme besteht im Fall vertikaler Vereinbarungen gemäß § 817 S. 2 BGB für die Vertragspartei, die aufgrund eines vertraglichen Ungleichgewichts die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung geschlossen hat. Sie ist vielmehr als

355 BGH v. 18.2.2003, WRP 2003, 1131, 1133 – *Verbundnetz II*.
356 Vgl. *Armbrüster*, in: MüKo BGB, § 134 Rn. 119, 122.
357 Dazu vgl. *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 102 AEUV Rn. 428ff; *Weyer*, in: FK, Zivilrechtsfolgen Art. 102 AEUV Rn. 47ff; *Wolf*, in: MüKo GWB, § 19 Rn. 210ff.
358 *Armbrüster*, in: MüKo BGB, § 134 Rn. 131.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Opfer der Wettbewerbsbeschränkung anzusehen und nicht als der weitere Akteur, der den Wettbewerb einschränkt.

Die Schadensersatzpflicht gilt als mittelbare Rechtsfolge des Kartellverbots und wird im Teil § 5 Schadensersatzanspruch erläutert.

3. Geltendmachung der Unwirksamkeit von Unternehmenszusammenschlüssen

Für die Geltendmachung der Unwirksamkeit von Zusammenschlüssen findet § 134 BGB keine Anwendung, weil § 36 Abs. 1 GWB kein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB darstellt.[359] Die Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften, die gegen das Vollzugsverbot für anmeldepflichtige Zusammenschlüsse verstoßen, ergibt sich aus § 41 Abs. 1 Satz 2 GWB.[360] Dafür ist die Verwaltungsbehörde zuständig. Aber im Falle kooperativer Gemeinschaftsunternehmen können die Vorschriften über die Fusionskontrolle die Anwendbarkeit des § 1 GWB nicht ausschließen.[361] Fallen Rechtsgeschäfte im Zusammenhang mit der Fusionskontrolle zugleich unter § 1 GWB, besteht daher die Möglichkeit, die Nichtigkeit nach § 134 BGB geltend zu machen.[362]

III. Chinesisches Recht

1. Unwirksamkeit nach dem chinesischen Zivilrecht und Rechtsfolge

Obwohl das AMG selbst keine mit Art. 101 Abs. 2 AEUV vergleichbare abschließende Nichtigkeitsanordnung vorsieht, ist die Nichtigkeitsfolge für rechtswidrige Verträge oder Vereinssatzungen, die gegen das Kartellverbot nach §§ 17, 18 oder 21 AMG (§§ 13, 14 oder 16 a.F.) verstoßen, kaum umstritten. Die Nichtigkeitsfolge der Monopolvereinbarungen und kartellwidrigen Vereinsatzungen ergibt sich aus der Generalklausel in dem Allgemeinen Teil des Zivilrechts (bzw. aus dem AG ChinZR-1986 und dem chinesischen

359 A.A. *Schröter/Bartl*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 102 AEUV Rn. 62.
360 Mehr zum Umfang der Unwirksamkeit siehe *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker, § 41 GWB Rn. 47ff.
361 BGH v. 1.10.1985, NJW 1986, 1874, 1875 – *Mischwerke.*
362 *Hempel*, Privater Rechtsschutz, S. 36.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Vertragsgesetz nach dem alten Recht vor 1.1.2021)[363]. § 153 ZGB enthält ähnliche Regelungen über die Nichtigkeitsfolge wie §§ 134, 138 BGB. Verletzt ein Rechtsgeschäft die zwingenden Bestimmungen von Gesetzen oder Verwaltungsrechtsnormen, so ist es nach § 153 Abs. 1 ZGB unwirksam. Ein den guten Sitten zuwiderlaufendes Rechtsgeschäft ist nach § 153 Abs. 2 ZGB unwirksam.[364] Nur die vom Nationalen Volkskongress und seinem Ständigen Ausschuss erlassenen Gesetze und die vom Staatsrat erlassenen Verwaltungsrechtsnormen werden als „wirksame zwingende Bestimmungen" im Sinne des § 153 Abs. 1 ZGB anerkannt.[365] Die lokalen (auf Provinzebene und unterer Provinzebene erlassenen) Rechtsnormen und andere Verwaltungsbestimmungen, die der Staatsrat und die ihm unterstellten Organe erlassen, beispielsweise die Bestimmungen der Antimonopolkommission des Staatsrats und die Bestimmungen der SAMR, bleiben außer Acht. Das Verbot der Monopolvereinbarungen in §§ 17 und 18 AMG stellt unstreitig eine zwingende gesetzliche Bestimmung dar. Die Nichtigkeitsfolge einer Monopolvereinbarung ergibt sich daher aus der kombinierten Anwendung der §§ 17 bzw. 18 AMG und § 153 Abs. 1 ZGB (früher § 52 ChinVG). Die Frage, ob § 153 ZGB auf Rechtsgeschäfte anwendbar ist, die gegen das Verbot des Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung verstoßen, wird in der chinesischen Literatur und Gerichtspraxis kaum diskutiert. Prinzipiell ist dies zu bejahen, da es sich bei dem Missbrauchsverbot in § 22 AMG (§ 17 a.F.) ebenfalls um eine zwingende gesetzliche Vorschrift handelt.[366]

Vor dem Inkrafttreten der OVG-AMG-Bestimmungen gab es bereits auf das ChinVG gestützte Klagen auf Feststellung der Unwirksamkeit ei-

363 S. oben S. 57 und die entsprechenden Fußnoten.

364 § 153 Abs. 1 und 2 ZGB entsprechen grundsätzlich dem § 58 Nr. 5 AG ChinZR-1986. Danach sind zivilrechtliche Rechtsgeschäfte unwirksam, wenn sie dem Gesetz oder den allgemeinen gesellschaftlichen Interessen zuwiderlaufen, anstatt auf die guten Sitten zu verweisen.

365 Nach §§ 7 und 65 des Gesetzgebungsgesetzes der Volksrepublik China, § 4 der Erläuterungen des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen des Vertragsgesetzes I und § 14 der Erläuterungen des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen des Vertragsgesetzes II. Die beiden OVG Erläuterungen zum Vertragsgesetz wurden mit dem Inkrafttreten des ZGB am 1.1.2021 außer Kraft gesetzt.

366 In diese Richtung auch Oberes Volksgericht der Shaanxi Provinz v. 12.9.2013, Az. (2013) Shaan Min San Zhongzi Nr. 00038 – *WU Xiaoqin vs. Shaaxi Radio* (Berufungsinstanz), wonach ein Kaufvertrag aufgrund eines wettbewerbswidrigen Kopplungsgeschäfts unwirksam ist.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nes Vertrags aufgrund einer Zuwiderhandlung gegen das AMG.[367] In den OVG-AMG-Bestimmungen wird die Unwirksamkeit als eine der zivilrechtlichen Rechtsfolgen der Zuwiderhandlung gegen das AMG ausdrücklich bestätigt. Nach § 15 OVG-AMG-Bestimmungen hat das Volksgericht die Unwirksamkeit festzustellen, wenn der gegenständliche Vertragsinhalt oder die Vereinsatzungen u.a. das AMG oder andere zwingende Bestimmungen in Gesetzen bzw. Verwaltungsrechtsnormen verletzt. Das Volksgericht kann ohne Antrag einer Partei von Amts wegen die Unwirksamkeit eines Vertrags während eines Zivilverfahrens feststellen, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen für die Unwirksamkeit erfüllt sind.[368]

Bemerkenswert ist noch, dass das ChinVG Sonderregelungen in Bezug auf Technologieverträge[369] vorsah, die dann in das ZGB unter Teil 3 Kapitel 20 integriert wurden. Technologieverträge, die technische Ergebnisse, geistiges Eigentum, Know-how oder die Rechte an Topografien von Halbleitererzeugnissen rechtswidrig monopolisieren, sind nach § 850 ZGB (früher § 329 ChinVG) unwirksam.[370] Ferner hat das Oberste Volksgericht bereits vor Inkrafttreten des AMG den Ausdruck „die Technologien illegal monopolisierend" in seinen Erläuterungen zu einigen Fragen der Rechtsanwendung bei der Behandlung von Streitfällen zu Technologieverträgen (in Kraft seit dem 1.1.2005 und revidiert am 29.12.2020, im Folgenden: OVG-Erläuterungen zu Technologieverträgen) im Einzelnen erklärt, wobei sechs Regelbeispiele genannt werden.[371] Die Regelbeispiele können sich teilweise

367 Z.B. 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* (letzte Instanz).

368 OVG v. 25.2.2015, Az. (2014) Min Yi Zhong Zi Nr. 277.

369 Technologievertrag i.S.d. § 843 ZGB (früher § 322 ChinVG) ist ein Vertrag über Technologieentwicklung, -transfer, -beratung und -dienstleistungen.

370 Darüber hinaus waren nach dem § 329 ChinVG die Technologieverträge, die den technologischen Fortschritt behindern, unwirksam. In § 850 ZGB wird dieser Tatbestand gestrichen.

371 § 10 OVG-Erläuterungen zu Technologieverträgen "1. Beschränkung einer Partei, auf der Grundlage der Technologie des Vertragsgegenstandes neue Forschung und Entwicklung durchzuführen, oder Beschränkung der Nutzung von verbesserter Technologie, oder wenn ungleiche Voraussetzungen beider Seiten vorliegen beim Austausch verbesserter Technologien; dies schließt ein, wenn von einer Seite gefordert wird, die selbständig verbesserte Technologie der anderen Seite unentgeltlich zur Verfügung zu stellen, wenn [die verbesserte Technologie] nicht wechselseitig übertragen wird, oder wenn ein unentgeltliches ausschließliches oder ein gemeinsam genossenes geistiges Eigentumsrecht an dieser verbesserten Technologie [besteht]; 2. Beschränkung einer Partei, Technologie aus einer anderen Quelle zu

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

mit dem Tatbestand der horizontalen Vereinbarung in § 17 Nr. (4) AMG (§ 13 Abs. 1 Nr. (4) a.F.) überlappen, wenn mit dem Vertragsschluss die Beschränkung des Ankaufs neuer Techniken oder der Entwicklung neuer Techniken und Produkte bezweckt wird. Die in diesen Regelbeispielen genannten unilateralen Verhaltensweisen von Technologieinhabern können auch unter das Missbrauchsverbot der marktbeherrschenden Stellung nach § 22 AMG fallen, etwa die Erzwingung von unangemessenen Geschäftsbedingungen, wie die unfaire wechselseitige Lizenzierung, die Aufforderung zur Abnahme von für die Verwertung der Technologie nicht notwendigen Produkten und Dienstleistungen oder die unangemessene Beschränkung des Technologienehmers auf bestimmte Bezugsquellen für Rohmaterialien und Anlagen.[372]

Der Unwirksamkeitsbegriff und die Rechtsfolge der Unwirksamkeit i.S.v. § 15 OVG-AMG-Bestimmungen sind in Anlehnung an das allgemeine Zivilrecht auszulegen. Die unwirksame Vereinbarung erzeugt zwischen beiden Vertragspartnern von Anfang an keine Wirkung. Die Teilnichtigkeit richtet sich nach § 156 ZGB (früher § 56 Abs. 2 ChinVG). Wenn ein Teil des Vertrags unwirksam ist, bleiben die restlichen Teile wirksam, sofern sie

---

erhalten, die der Technologie des Technologieanbieters ähnlich ist oder mit ihm im Wettbewerb steht; oder ein gemeinsam genossenes geistiges Eigentumsrecht an dieser verbesserten Technologie [besteht]; 3. Behinderung einer Partei, die Technologie des Vertragsgegenstandes auf Grundlage der Marktnachfrage und gemäß einer vernünftigen Methode vollständig anzuwenden; dies schließt ein, wenn der Empfänger der Technologie bei der Verwertung der Technologie des Vertragsgegenstandes offensichtlich unvernünftig eingeschränkt wird im Hinblick auf Menge, Arten, Preise, Vertriebskanäle und Ausfuhrmärkte des produzierten Produkts oder der Angebotenen Dienstleistung; 4. Forderungen, dass der Empfänger der Technologie zusätzliche Voraussetzungen akzeptiert, die für die Verwertung der Technologie nicht notwendig sind; dies schließt etwa den Kauf nicht erforderlicher Technologie, Rohmaterialien, Produkte, Anlagen, Dienstleistungen sowie den Empfang nicht notwendigen Personals ein; 5. Unvernünftige Beschränkung des Empfängers der Technologie im Hinblick auf die Kanäle und Quellen beim Kauf der Rohmaterialien, Teile, Produkte oder Anlagen; 6. wenn dem Empfänger der Technologie verboten ist, Einwände gegen die Wirksamkeit der geistigen Eigentumsrechte an der Technologie des Vertragsgegenstands zu erheben, oder wenn das Erheben von Einwänden zusätzliche Voraussetzungen hat." Übersetzung von *Liu, Xiaoxiao/Pißler*, ZChinR 2011, 44, 47f.

372 Die in § 10 OVG-Erläuterungen zu Technologieverträgen genannten missbräuchlichen Verhaltensweisen von Technologieinhabern fallen grundsätzlich auch unter die Bestimmungen der SAMR gegen die missbräuchliche Ausnutzung von IP-Rechten zur Verhinderung und Einschränkung des Wettbewerbs. Diese Bestimmungen gelten ab 1.8.2015.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

durch die Unwirksamkeit nicht beeinträchtigt werden. Somit besteht hinsichtlich der Rechtsfolge der Nichtigkeit nach dem chinesischen Recht kein wesentlicher Unterschied zum deutschen Recht. Nennenswert ist § 157 ZGB (früher § 58 ChinVG), der die weitere Rechtsfolge der Unwirksamkeit vorsieht: (1) Das aufgrund des Vertrags erlangte Vermögen ist zurückzugeben; wenn eine Rückgabe des Vermögens „nicht möglich oder nicht nötig" ist, ist das Vermögen zum Marktpreis zu erstatten. (2) Die schuldige Partei hat der anderen den dadurch erlittenen Schaden zu ersetzen; wenn beide Parteien schuld sind, haftet jede Partei entsprechend ihrem Verschuldensanteil.[373] Die Unwirksamkeit eines kartellwidrigen Vertrags kann daher eine Schadensersatzpflicht begründen. Oft wird der Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit eines kartellrechtswidrigen Vertrags zusammen mit einem Schadensersatzanspruch geltend gemacht.

2. Geltendmachung der Unwirksamkeit von Unternehmenszusammenschlüssen

Für die Zusammenschlusskontrolle ist allein das Antimonopolvollzugsorgan des Staatsrates zuständig. Seit Inkrafttreten des AMG bis zur Neustrukturierung der Wettbewerbsbehörde durch die erste Tagung des 13. Nationalen Volkskongresses im Jahr 2018 war in der Tat die Antimonopolbehörde des MOFCOM allein für die Zusammenschlusskontrolle zuständig. Danach wurde die Kompetenz auf die vereinigte Wettbewerbsbehörde unter der neuen zentralen SAMR übertragen. Gemäß § 26 Abs. 1 AMG (§ 21 a.F.) darf der Zusammenschluss von Unternehmen bei Bestehen einer Anmeldepflicht nicht vor der Anmeldung vollzogen werden. Gemäß §§ 30 und 31 AMG (§§ 25 und 26 a.F.) dürfen die Unternehmen den Zusammenschluss nicht vor der Entscheidung über die Vorprüfung oder im Hauptprüfungszeitraum vollziehen. Wenn die Unternehmen unter Missachtung der Anmeldepflicht oder des Vollzugsverbots den Zusammenschluss vollziehen, kann das Antimonopolvollzugsorgan notwendige Maßnahmen ergreifen, wie z.B. die Einstellung des Zusammenschlusses und die Veräußerung der Anteile und des Vermögens, um den Zustand vor dem Zusammenschluss wiederherzustellen. Nach dem neuen AMG (§ 58) kann das Antimonopolvollzugsorgan gegen die beteiligen Unternehmen zusätzlich eine Geldbuße in Höhe von bis zu 10 % des Vorjahresumsatzes verhängen, wenn der

373 Vgl. Übersetzung von *Ding/Klages/Leibküchler/Pissler*, ZChinR 2020, 207, 233.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Zusammenschluss zu einer Ausschaltung oder Einschränkung des Wettbewerbs führt oder führen kann, oder eine Geldbuße in Höhe von bis zu fünf Millionen Yuan, wenn der Zusammenschluss nicht zu einer Ausschaltung oder Einschränkung des Wettbewerbs führt.[374] Bis 2019 wurden die meisten (über 98 %) der angemeldeten Zusammenschlüsse freigegeben.[375] Bei Verstößen gegen die Anmeldepflicht werden in der bisherigen Praxis nur Bußgelder verhängt. Es gibt noch keinen durchgeführten Zusammenschluss, der wegen einer fehlenden Anmeldung unwirksam geworden wäre.[376]

Es ist umstritten, ob ein Verstoß gegen die Anmeldepflicht oder das Vollzugsverbot eine zivilrechtliche Haftung erzeugt und welche zivilrechtlichen Ansprüche im konkreten Fall geltend gemacht werden können. Unternehmenszusammenschlüsse werden als Klagegrund für Antimonopolstreitigkeiten in der Subkategorie 16 unter Abschnitt 5 der Bestimmungen des OVG zu Gründen in Zivilfällen angeführt.[377] Diese Bestimmung dient aber weder als Zulässigkeitsvoraussetzung des Zivilprozessrechts noch als Anspruchsgrundlage, sondern nur der gerichtsinternen Verfahrenseinteilung nach Arten der Rechtsverhältnisse. Bisher haben die Volksgerichte keine Gelegenheit gehabt, die zuvor aufgeworfenen Fragen direkt zu klären. Es gibt drei Entscheidungen, in denen die Kläger in den jeweils zugrundeliegenden Fällen behaupteten, dass die Beklagten den Zusammenschluss rechtswidrig vollzogen hätten und dass der Zusammenschluss eine den Wettbewerb ausschließende oder beschränkende Wirkung habe oder haben könne.[378] Aber in keinem der drei Fälle stellten die Verhaltensweisen zwischen den Unternehmen tatsächlich einen Zusammenschluss im Sinne des AMG dar. Das AMG schließt die zivilrechtliche Haftung infolge eines

374 Der alte § 48 AMG sah eine Geldbuße von bis zu 500 Tausend Yuan für die Unternehmen vor, die gegen die Anmeldepflicht verstoßen, unabhängig von den Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb.

375 Bis zum 31.12.2019 wurden insgesamt 3092 Zusammenschlüsse angemeldet, von denen zwei untersagt und 44 mit Nebenbestimmungen freigegeben wurden.

376 Bis zum 31.12.2019 wurden Bußgelder gegen 45 nicht rechtmäßig angemeldete Zusammenschlüsse verhängt. Die zuständige Behörde hat nachgeprüft, dass durch die Zusammenschlüsse keine wettbewerbsbeschränkende Wirkung entstehen haben.

377 Siehe oben Fn. 160.

378 Oberes Volksgericht der Jiangsu Provinz v. 24.3.2017, Az. (2016) Su Min Zhong Nr. 282 – *Tongyuan Tanker Shipping Company vs. Taizhou Petrochemical Ltd. and Sinopec*; Oberes Volksgericht der Sichuan Provinz v. 6.11.2017, Az. (2017) Chuan Min Zhong Nr. 976 – *Haiyan Waterproof Materials Co. Ltd. vs. China Construction Southwest Design Research Co., Ltd.*; Unteres Volksgericht Xiushui Landkreis der Jiangxi Provinz v. 1.11.2016, Az. (2016) Gan 0424 Minchu Nr. 2180 – *CHEN vs. WANG*.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wettbewerbsbedenklichen Zusammenschlusses nicht ausdrücklich aus. Das Problem besteht fort, bis der Gesetzgeber oder das Obere Volksgericht eine klare Antwort gibt. Der Zusammenschluss wurde in den Bestimmungen des OVG zu Gründen in Zivilfällen aufgelistet, wahrscheinlich um damit die Situation zu vermeiden, dass ein Volksgericht eine Klage nicht anhängig macht, weil sie einfach nicht unter eine Kategorie der Klagegründe subsumiert werden kann.

Trotz der oben genannten Unklarheit ist nach der hier vertretenen Ansicht die zivilrechtliche Klage, die einen Zusammenschluss als Streitgegenstand hat, nicht zulässig.[379] Wenn der Zusammenschluss nach der Prüfung der Wettbewerbsbehörde freigegeben wird, kann der Zusammenschluss als solcher nicht mehr mit einer zivilrechtlichen Klage angegriffen werden, die im Erfolgsfall zur Untersagung und damit zur Auflösung des Zusammenschlusses führen würde.[380] Es bestehen ausreichende ordentliche Einflussmöglichkeiten für Dritte auf das Fusionskontrollverfahren. So besteht die Möglichkeit, gegen nicht ordentlich angemeldete Zusammenschlüsse Beschwerde bei der Antimonopolbehörde einzulegen. Auch wenn ein Zusammenschluss die die Anmeldepflicht auslösenden Umsatzschwellen nicht erreicht, kann die Antimonopolbehörde gemäß § 26 Abs. 2 AMG die Unternehmen zur Anmeldung verpflichten, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass durch den Zusammenschluss eine Einschränkung des Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu erwarten ist. Ein erster Verdacht kann sich aus Beschwerden und Meldungen von anderen Unternehmen und Medien ergeben. Wenn Fehler im Fusionskontrollverfahren auftreten, die zu einem mangelhaften Bescheid führen können, können die Wettbewerber oder sonstige Betroffene einen Antrag auf Überprüfung bei der Antimonopolbehörde stellen oder eine Verwaltungsklage vor dem Volksgericht erheben, die von einer Verwaltungskammer verhandelt wird. Selbstverständlich können die Betroffenen auch die entsprechenden zivilrechtlichen Ansprüche geltend machen, wenn das durch den Zusammenschluss neu entstandene Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung missbraucht und sonstige monopolisierende Verhaltensweisen gegen das AMG begeht.

379 Vgl. auch *Feng, Haibo/Chen, Cong,* RMSF·Application 7 (2010), 79, 81.
380 *Zhang, Ruiping*, S. 141.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

B. Praxisanwendung

I. EU

Die Nichtigkeitssanktion ist ein nützliches und wirksames Instrument zur Durchsetzung des in Art. 101 AEUV enthaltenen Verbots wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen. Die Anwendung der Nichtigkeit aufgrund eines Verstoßes gegen das europäische Wettbewerbsrecht erfolgt vor allem in Bezug auf die unter Art. 101 Abs. 1 AEUV fallenden wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen. Bei der Nichtigkeitsanordnung nach Art. 101 Abs. 2 AEUV handelt es sich um eine unionsprivatrechtliche Rechtsfolge.[381] Diese wird als „Eurodefence" gern von Vertragsparteien vor nationalen Gerichten geltend gemacht.[382] Oft wird die Nichtigkeit defensiv als Einwendung gegen Ansprüche auf Erfüllung der vertraglichen Pflicht oder gegen Schadensersatz wegen Nichterfüllung der vertraglichen Pflicht erhoben.[383]

Die Nichtigkeitsfolge eines gegen Art. 102 AUEV verstoßenden Rechtsgeschäfts richtet sich nach dem nationalen Recht. Hierbei sind die Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität zu beachten. Häufig ist bei Fälle des Behinderungsmissbrauchs, die keine Vorteile für andere Marktteilnehmer mit sich bringen, auch schon der Tatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV erfüllt, so dass die betroffene Vereinbarung die Nichtigkeit nach Art. 101 Abs. 2 AEUV nach sich ziehen kann.[384] Die nicht unter Art. 101 Abs. 1, 2 AEUV fallenden Anwendungsfälle sind auf die nachfolgenden Paragrafen der deutschen Praxis zu verweisen.

381 *Schmidt*, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 101 Abs. 2 AEUV Rn. 6.

382 *Säcker/Jaecks*, in: MüKo EuWettbR, 2. Aufl., Art. 101 AEUV Rn. 675. Vgl. zur Rechtspraxis vor deutschen Gerichten z.B. BGH v. 31.5.1972, NJW 1972, 2180 – *Eiskonfekt*; BGH v. 21.2.1989, NJW-RR 1989, 998 – *Kaschierte Hartschaumplatten*.

383 EuGH v. 27.3.1974, C-127/73, ECLI:EU:C:1974:25 – *BRT/SABAM*; EuGH v. 28.1.1986, 161/84, ECLI:EU:C:1986:41 – *Pronupti;* EuGH v. 28.2.1991, C-234/89, ECLI:EU:C:1991:91 – *Delimitis vs. Henninger Bräu; Wils*, 26 World Competition 473 (2003), 475; *Säcker/Jaecks*, in: MüKo EuWettbR, 2. Aufl., Art. 101 AEUV Rn. 675.

384 *Weyer*, in: FK, Zivilrechtsfolgen Art. 102 AEUV Rn. 54f.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

II. Deutschland

Die Nichtigkeit kann im Verfahren in verschiedenen Formen relevant werden. Als rechtshindernde Einwendung kann die Nichtigkeit defensiv verwendet werden, um die vertraglichen Ansprüche der Gegenseite zu widerlegen. Die Nichtigkeit ist aufgrund des Einwendungscharakters durch das Gericht von Amts wegen zu beachten, wenn Anhaltspunkte für einen Kartellrechtsverstoß bei der behandelten Vereinbarung vorliegen. Die nationalen Gerichte haben die Nichtigkeit nach Art. 101 Abs. 2 AEUV stets von Amts wegen zu beachten, sofern die betreffende Vereinbarung den Tatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV erfüllt und nicht nach Abs. 3 freigestellt ist.[385] Es gibt ferner die Möglichkeit, eine negative Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO zu erheben oder den aus der Nichtigkeit resultierenden Bereicherungsanspruch geltend zu machen, sofern bereits eine Leistung erfolgt ist.

In Deutschland bildet die Nichtigkeit der wettbewerbsbeschränkenden Verträgen neben dem Diskriminierungsverbot traditionell den Schwerpunkt der privaten Kartellrechtsdurchsetzung dar.[386] Meist wird der Nichtigkeitseinwand gegen eine vertragliche Leistungspflicht im Rahmen einer Leistungsklage durch den Beklagten oder als negative Feststellungsklage in Form einer Widerklage erhoben. Eine statistische Untersuchung von Kartellzivilklagen in Deutschland für den Zeitraum von 2004 bis 2009 zeigt, dass die Fälle, in denen die (Wider-)Kläger im Hauptantrag die Feststellung der Nichtigkeit des Vertrags bzw. der Vertragsklausel begehrten, rund 30 % aller Fälle (180 von 607) ausmachten und damit nach den Fällen, in denen Unterlassungsansprüche geltend gemacht wurden, die zweitgrößte Kategorie bildeten.[387] In 141 dieser 180 Fälle handelte es sich um Widerklagen.[388]

Allerdings ist hier ebenso, wie bei der Kartellverfolgung durch Wettbewerbsbehörden fraglich, wann ein Kartellmitglied genügend Motivation hat, die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung, an der er selbst beteiligt ist, aufzudecken.[389] Zusätzlich zu den Absprachen über die Koordination verfügt das Kartell normalerweise über einen Sanktionsmechanismus ge-

385 EuGH v. 20.9.2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 22 – *Courage*; EuGH v. 13.7.2006, verb. Rs. C-295/04 - C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461, Rn. 57 – *Manfredi*. Siehe statt vieler *Weyer*, in: FK, Zivilrechtsfolgen Art. 81 EG Rn. 146f.

386 *Kirchhoff*, WuW 2017, 487, 491.

387 Peyer Report (2014). S. 20. Dazu siehe oben Fn. 62.

388 Peyer Report (2014), S. 20.

389 Vgl. *Kersting*, ZWeR 2015, 252, 253.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gen Abweichungen vom gemeinsamen Vorgehen. Erst wenn eine Vertragsstreitigkeit zwischen den Vertragsparteien entsteht, hat die vereinbarungswidrig handelnde Partei, die nicht mehr vom Kartell profitieren kann, einen Anreiz, die Nichtigkeit als Einwand geltend zu machen. Im Falle vertikaler Vereinbarung kommt die Geltendmachung der Nichtigkeit etwa in Betracht, wenn sich die geschäftlichen Bedingungen geändert haben und die Absprache für eine Partei nicht mehr vorteilhaft sind.[390]

Trotz eigener Beteiligung verstößt die Berufung auf die Nichtigkeit nicht gegen Treu und Glauben nach § 242 BGB. Der Grund hierfür liegt darin, dass sich die Nichtigkeit aus einer im öffentlichen Interesse erlassenen Vorschrift ergibt, sodass die Nichtigkeitsfolge nicht nur dem Schutz der Vertragspartei, sondern auch dem Schutz der Handlungsfreiheit Dritter dient.[391]

Die Anwendung der Nichtigkeitsfolge auf Rechtsgeschäfte, die gegen das Missbrauchsverbot verstoßen, ist relativ kompliziert. Die Anwendung der Nichtigkeit auf ein gegen das Missbrauchsverbot verstoßendes Rechtsgeschäft setzt unter Beachtung des Normzweckvorbehalts des § 134 BGB voraus, dass sich erstens der Verstoß unmittelbar aus dem vorgeworfenen Rechtsgeschäft ergibt und zweitens der Verstoß nicht ohne die Nichtigkeitsanordnung aufgehoben werden kann.[392] Daher muss der Eintritt der Nichtigkeitsfolge auf der einen Seite dem Normzweck und Schutzinteressen entsprechen, auf der anderen Seite für die Durchsetzung des Missbrauchsverbots erforderlich und angemessen sein.[393] Wie zuvor erwähnt, können die Gesamtnichtigkeit, Teilnichtigkeit, Unwirksamkeit ex nunc und Vertragsanpassung als mögliche Gestaltungsformen der Nichtigkeitsfolge des einzelnen Rechtsgeschäfts in Betracht kommen, das jeweils unter die verschiedenen Fallgruppen des Missbrauchsverbots fällt. Nachfolgend wird die Anwendbarkeit der Nichtigkeitsfolge auf die wichtigsten Missbrauchsfälle exemplarisch dargestellt.

Das Missbrauchsverbot dient auf der einen Seite dem Schutz des Wettbewerbs als Institution und auf der anderen Seite dem Schutz der Wettbe-

390 Vgl. *Krüger*, S. 91.

391 BGH v. 31.5.1972, NJW 1972, 2180, 2183 – *Eiskonfekt*; *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, § 1 GWB Rn. 61.

392 Vgl. OLG Düsseldorf v. 17.12.2008, NJW 2009, 1087, 1088 – *Schilderprägestelle*; *van Venrooy*, BB 1979, 555, 558; *Armbrüster*, in: MüKo BGB, § 134 Rn. 119.

393 Vgl. *Schröter/Bartl*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 102 AEUV Rn. 58; *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 102 AEUV Rn. 427; *Wolf*, in: MüKo GWB, § 19 Rn. 212.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

werbsfreiheit der Marktteilnehmer.[394] Grundsätzlich ist von einer Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts bzw. der Klauseln auszugehen, die unter Art. 102 Abs. 2 lit. b und d AEUV bzw. § 19 GWB fallen, soweit diese die wirtschaftliche Handlungsfreiheit anderer Marktteilnehmer beeinträchtigt haben und dies der Verwirklichung des Schutzzwecks entspricht. Dies gilt vor allem für Vereinbarungen über Forschungsverbote, Einfuhr- und Ausfuhrverbote sowie Vertriebs-, Alleinbezugs- und Kopplungsbindungen.[395] Teilweise erfüllen solche Fälle den Tatbestand der vertikalen wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung nach Art. 101 Abs. 1 AEUV, sodass sich die Nichtigkeitsfolge bereits aus Art. 101 Abs. 2 AEUV ergibt.[396] Gleiches gilt für die überlappenden Fälle von § 1 GWB und § 19 Abs. 1, 2 Nr. 1 GWB, wobei die aus dem Normzweck des § 1 GWB fließende Nichtigkeitsfolge keinen Spielraum für alternative Rechtsfolgen aus § 19 GWB i.V.m. § 134 BGB zulässt.[397] Unter Umständen kommt die Teilnichtigkeit des betroffenen Vertrags in Betracht, soweit die Durchsetzung des Normzwecks im konkreten Fall reicht. Für die Teilnichtigkeit gilt Ähnliches wie im Fall des Art. 101 AEUV. Wenn das gegen das Missbrauchsverbot verstoßende Verhalten erst im Laufe eines Vertrags verwirklicht wird, z. B. die marktbeherrschende Stellung erst im Laufe des mehrjährigen Vertrags eingetreten ist, kann dies in der Praxis zur Unwirksamkeit des Vertrags ex nunc führen.[398]

Für Teile der unter den Behinderungsmissbrauch (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB) und Ausbeutungsmissbrauch zu subsumierenden Fallgruppen scheint die unmittelbare Nichtigkeitsfolge der Verträge oder Vertragsklauseln nicht immer angemessen oder erforderlich. Beispielsweise bietet die Nichtigkeitsanordnung eines gegen das Diskriminierungsverbot verstoßenden Rechtsgeschäft, einschließlich der begünstigenden und der benachteiligenden Verträge bzw. Vertragsklauseln, keine bessere Lösung als die Beseitigung der unbilligen Behinderung oder die Gleichbehandlung durch Vertragsänderung oder Neuabschluss, soweit dies rechtlich möglich ist und die Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche dem Beeinträchtigten zur Durch-

394 *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 102 AEUV Rn. 4f m.w.N.
395 *Schröter/Bartl*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 102 AEUV Rn. 59.
396 *Schröter/Bartl*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 102 AEUV Rn. 59; *Weyer*, in FK, Zivilrechtsfolgen Art. 102 AEUV Rn. 54.
397 Zu dem Gleichlauf mit dem europäischen Wettbewerbsrecht siehe *Thonig*, S. 90.
398 Beispielsweise OLG Düsseldorf v. 17.12.2008, NJW 2009, 1087, 1088f. – *Schilderprägestelle*.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

setzung seiner Interessen ausreichen.[399] Andere Beispiele stellen die Fälle wettbewerbswidriger Rabatte und Kampfpreisunterbietung dar, bei denen die Interessen der bevorzugten Marktgegenseite an der Vertragsdurchführung in Betracht zu ziehen sind. Hier ist eine Abwägung zwischen diesen Interessen und den Interessen der behinderten Wettbewerber in Bezug auf den vorgesehenen Normzweck des Wettbewerbsschutzes vorzunehmen. Die Gestaltung der Nichtigkeitsfolge kann deshalb von Fall zu Fall variieren. Für einen Vertrag mit wettbewerbswidrigen Rabatten kommt unter Umstände die Unwirksamkeit ex nunc oder eine Aufrechterhaltung des Vertrags ohne Rabattklausel in Betracht.[400] Für eine Kampfpreisunterbietung mit dem Ziel, die Konkurrenten vom Markt zu verdrängen oder den Marktzutritt zu sperren, scheidet die Nichtigkeitsanordnung auf Massengeschäfte grundsätzlich aus. Hier wird den Interessen der Masse gutgläubiger Vertragspartner Vorrang eingeräumt und die Nichtigkeitsfolge für die Durchsetzung des Missbrauchsverbots sowie für den Schutz des Wettbewerbs ist im Allgemein nicht verhältnismäßig[401] Für den Fall des Preis- oder Konditionenmissbrauchs entgegen Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV bzw. § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB ist die Vertragsanpassung der Einkaufs- oder Verkaufspreise oder der Geschäftsbedingungen in der Regel die angemessene Rechtsfolge.[402]

III. China

Gegen die verbotenen horizontalen und vertikalen Vereinbarungen sowie gegen die wettbewerbswidrigen Vereinsatzungen können sich die Betroffenen auf die Nichtigkeit berufen, die sowohl als Einwand in einer vertraglichen Streitigkeit als auch in Form eines eigenständigen Antrags im Wege der Feststellungsklage vor Gericht geltend gemacht werden kann. Da die

399 Vgl. OLG Karlsruhe v. 25.6.1997, NJW-RR 1998, 229, 230; BGH v. 17.12.2013, NZ-Kart 2014, 151, 153 – *Stromnetz Berkenthin*. Zu diesen Überlegungen siehe *Thonig*, S. 433ff.

400 Dazu ausführlich siehe *Thonig*, S. 234ff.

401 Vgl. *Schröter/Bartl*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 102 AEUV Rn. 61. Für ausführliche Überlegungen siehe *Thonig*, S. 197ff. Vgl. aber *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 102 AEUV Rn. 429. Das Interesse gutgläubiger Vertragspartner erscheint nicht zwingend vorrangig gegenüber dem allgemeinen Interesse am Schutz des Wettbewerbs.

402 Vgl. *Schröter/Bartl*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 102 AEUV Rn. 60; *Busche*, in: KK, § 19 GWB Rn. 201.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Unwirksamkeit eines Vertrags die Rückgabe der Vermögensvorteile und Schadensersatz gemäß § 157 ZGB zur Folge hat, werden die Herausgabe der Vermögensvorteile und der Schadensersatz verlangen auch zusammen mit der Feststellung der Unwirksamkeit des kartellrechtswidrigen Vertrags im Klageantrag in kartellrechtlichen Zivilklagen[403] beansprucht. Die Klagen unmittelbar gegen horizontale und vertikale wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen machen nur einen geringen Anteil an den gesamten kartellrechtlichen Privatklagen aus. Öfter ist es in der Praxis zu sehen, dass die Nichtigkeit des Vertrages aufgrund eines Kartellrechtsverstoßes aus §§ 17, 18 Abs. 1 AMG i.V.m. § 52 ChinVG (jetzt § 153 Abs. 1 ZGB) als Einwendung gegen die gerichtlich geltend gemachte Haftung aus Vertragsbruch erhoben wird.

In China ist der Nichtigkeitseinwand eine der Hauptformen der privaten Durchsetzung der Kartellverbote. Nach eigenen Erhebungen gibt es 30 Entscheidungen bis 2019, in denen sich eine der Parteien auf die Unwirksamkeit des Vertrags aufgrund eines Verstoßes gegen §§ 17, 18 Abs. 1 AMG （§ § 13, 14 a.F.） berufen hat.[404] Davon waren in fünf Fällen Vereinsatzungen, die gegen das AMG verstoßen haben sollen, Streitgegenstand. Insgesamt ergingen 16 Entscheidungen, in denen die Unwirksamkeit als Einwand erhoben wurde.

Bemerkenswert ist, dass die Antimonopolbehörde aufgrund der Auffangklausel der §§ 17 Nr. 6 und 18 Abs. 1 Nr. 3 AMG befugt ist, nicht unter die gesetzlichen Regelbeispiele fallende horizontale und vertikale Vereinbarungen als Monopolvereinbarung einzustufen. Nachdem eine Monopolvereinbarung auf diese Weise durch das Antimonopolvollzugsorgan förmlich festgestellt wurde, können sich die Betroffenen im Zivilverfahren auf die Nichtigkeit einer solchen Monopolvereinbarung berufen.

Bisher gibt es kaum Rechtsprechung der Volksgerichte zur Nichtigkeit einer Vereinbarung aufgrund eines Verstoßes gegen das Missbrauchsverbot in § 22 AMG. Durch die Sonderregelung betreffend Technologieverträge spielt die Nichtigkeitssanktion gegen missbräuchliche Verhaltensweisen bei

403 In der Gerichtspraxis wurden solche Klagen zum Teil auch der Kategorie der Vertragsstreitigkeiten zugeordnet.

404 Datenrecherche über die Datenbank „China Judgements Online" (http://wenshu.court.gov.cn/). Die Entscheidungen umfassen zivilrechtliche Streitigkeiten aus Verträgen sowie aus monopolisierenden Verhaltensweisen bis zum 31.12.2019. Die Urteile erster und zweiter Instanz in derselben Sache wurden als eine Entscheidung behandelt. Beschlüsse der Volksgerichte über die Gerichtszuständigkeit und andere prozessuale Fragen wurden nicht mit aufgenommen.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Verwertung von Technologien jedoch eine gewisse Rolle. Die Nichtigkeitsfolge eines Technologievertrags, in dem die Technologien rechtswidrig monopolisiert werden, ergibt sich unmittelbar aus § 850 ZGB (früher § 329 ChinVG).

C. Fazit: Die Bedeutung der Nichtigkeitssanktion für die private Durchsetzung

Die Nichtigkeitssanktion ist zweifellos ein nützliches und effektives Mittel zur Durchsetzung des Verbots wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen. Die Geltendmachung der Nichtigkeit eines kartellrechtswidrigen Vertrags durch eine Vertragspartei spielt eine positive Rolle bei der Durchsetzung des Kartellrechts, insbesondere in den Bereichen, in denen die Vollzugsbehörden aufgrund begrenzter Ressourcen und Durchsetzungsprioritäten nicht sehr aktiv sind und dementsprechend weniger Aufmerksamkeit widmen. Vor allem in der Konstellation von vertikalen Vereinbarungen, die gegenläufigen Interessen dienen, sowie von Vereinbarungen, die gegen das Missbrauchsverbot verstoßend und sich gezielt gegen bestimmte Marktteilnehmer richten, sind die direkt Betroffenen eher motiviert, die Zuwiderhandlung aufzudecken. Die Möglichkeit, dass eine Vertragspartei die unzulässige Vereinbarung später vor Gericht aufdeckt und erfolgreich den Nichtigkeitseinwand gegen die Haftung wegen Vertragsbruchs erhebt, kann die abschreckende Wirkung der Drohung mit einer Vertragsstrafe einigermaßen abschwächen und damit den Abschluss und die Aufrechterhaltung kartellrechtswidriger Vereinbarungen erschweren.[405]

Der Blick auf die Praxisanwendung zeigt, dass die Nichtigkeitssanktion als das unmittelbarste Rechtsmittel des privaten Rechtsschutzes gegen Wettbewerbsrechtsverstöße gilt und für die defensive private Durchsetzung unentbehrlich ist. In Kombination mit dem nachfolgenden Anspruch auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung und dem Schadensersatzanspruch erfüllt die Nichtigkeitssanktion in gewissem Umfang auch den Kompensationszweck der privaten Durchsetzung.

Insgesamt ist die zivilrechtliche Nichtigkeitssanktion allein für eine effektive private Durchsetzung und den Individualschutz nicht ausreichend. Ihr Hauptanwendungsfeld sind Vertragsstreitigkeiten in Bezug auf das Ver-

405 Vgl. *Wils*, 26 World Competition 473 (2003), 474.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen. Trotz seiner unmittelbaren Wirkung aus dem Unionsrecht kann Art. 101 Abs. 2 AEUV überwiegend nur als Verteidigungsmittel in Zivilklagen geltend gemacht werden.[406] Im Bereich missbräuchlicher Verhaltensweisen spielt die zivilrechtliche Nichtigkeitssanktion dagegen nur eine begrenzte Rolle. Die Rechtspraxis in Deutschland hat bereits gezeigt, dass die Anwendung der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts in den meisten Missbrauchsfällen nicht unproblematisch ist, wenn den unterschiedlichen Schutzinteressen des Missbrauchsverbots gleichzeitig Rechnung getragen werden soll. Für manche Fallgruppen ist eine pauschale Nichtigkeitsfolge zur Durchsetzung des Missbrauchsverbots weder praktisch noch angemessen. Zudem ist es für außenstehende Dritte, die nicht unmittelbar an den wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen beteiligt sind, in der Regel schwierig, sich auf die Nichtigkeitsfolge zu berufen.[407] Wenn sie durch die wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen gefährdet werden oder hierdurch einen Schaden erlitten haben, sind die Abwehransprüche und der Schadensersatzanspruch hilfreicher.

406 *Säcker/Jaecks*, in: MüKo EuWettbR, 2. Aufl., Art. 101 AEUV Rn. 596, 675.

407 Vgl. *Säcker/Jaecks*, in: MüKo EuWettbR, 2. Aufl., Art. 101 AEUV Rn. 676; *Weyer*, in: FK, Zivilrechtsfolgen Art. 81 EG Rn. 179.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

§ 4 Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch

In diesem Kapitel werden die Rechtslage und Anwendungspraxis zu Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen in Deutschland und China herausgearbeitet. Die EU-Schadensersatzrichtlinie bezieht sich nur auf Schadensersatz. Trotz Fehlens einer ausdrücklichen Forderung nach Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen auf EU-Ebene müssen die Mitgliedstaaten den Rechtsschutz des Einzelnen bei Verstößen gegen das unmittelbar anwendbare EU-Wettbewerbsrecht gewährleisten. Daher wird in diesem Kapitel nicht gesondert auf das europäische Wettbewerbsrecht eingegangen, sondern nur der im deutschen Recht vorgesehene Anspruch auf Unterlassung und Beseitigung aufgrund einer Verletzung der Art. 101 und 102 AEUV nach § 33 GWB thematisiert. Das chinesische Antimonpolrecht sieht hingegen keine Anspruchsgrundlagen vor, sondern regelt nur die zivilrechtliche Haftung, deren einzelne Haftungsformen im Folgenden gesondert erörtert werden. Schließlich werden die Vor- und Nachteile sowie die Bedeutung des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs für die private Rechtsdurchsetzung und deren Grenzen zusammengefasst.

A. Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch im deutschen Kartellrecht

I. Übersicht

§ 33 Abs. 1 und 2 GWB sieht den Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch vor. Der Beseitigungsanspruch ist auf die Beseitigung einer bereits eingetretenen, aber noch gegenwärtigen Beeinträchtigung gerichtet.[408] Durch diesen Anspruch wird die Quelle einer fortlaufenden rechtswidrigen Störung ausgetrocknet. Ein Unterlassungsanspruch besteht, wenn der Betroffene durch Wiederholungsgefahr eines in der Vergangenheit geschehenen Kartellverstoßes bedroht wird. Der Unterlassungsanspruch ist auf die Ver-

408 *Fritzsche*, WRP 2006, 42, 45; *Lübbig*, in: MüKo GWB, § 33 Rn. 1. Vor der 7. GWB-Novelle enthielt § 33 a.F. lediglich den Unterlassungsanspruch. Die Geltendmachung des Beseitigungsanspruchs in Kartellsachen wurde bis dahin auf § 1004 BGB analog gestützt.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

hinderung eines zukünftigen gleichartigen Kartellverstoßes gerichtet.[409] Gemäß § 33 Abs. 2 GWB ist ein vorbeugender Unterlassungsanspruch auch dann gegeben, wenn eine erste Zuwiderhandlung droht. Ein wesentlicher Unterschied zwischen Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch ergibt sich daher aus der Gegenwärtigkeit der Beeinträchtigung.[410] Die beiden Ansprüche sind ihrer Natur nach präventiv und werden als Abwehransprüche bezeichnet.[411]

Die Abwehransprüche unterscheiden sich vom Schadensersatzanspruch zuerst offensichtlich dadurch, dass sie kein Verschulden voraussetzen. Ein weiterer Unterschied ergibt sich aus den verschiedenen Zielen, die mit der Geltendmachung der Ansprüche verfolgt werden, respektive der klägerischen Durchsetzung zugrundeliegenden Motivation. Während der Schadensersatzanspruch auf die Wiedergutmachung der durch den Kartellrechtsverstoß bereits entstandenen Schäden abzielt, besteht der vorwiegende Anreiz zur Erhebung der Abwehransprüche darin, den Eintritt eines Schadens zu vermeiden.[412] Dabei ist eine trennscharfe Abgrenzung zwischen Beseitigungs- und Schadensersatzanspruch nicht möglich,[413] da sich die Rechtsfolgen der beiden Ansprüche in der Kartellrechtspraxis teilweise überschneiden können.[414]

409 *Lübbig*, in: MüKo GWB, § 33 Rn. 1 m.w.N.

410 *Fritzsche*, WRP 2006, 42, 46; *Roth*, in: FS Huber (2006), S. 1133, 1143.

411 *Rehbinder*, in: LMRKM, 3. Aufl., § 33 GWB Rn. 59; *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, 5. Aufl., § 33 GWB Rn. 43.

412 Vgl. *Shavell,* 36 J. Law Econ. 255 (1993), 268.

413 Zur Abgrenzung des Beseitigungs- und Schadensersatzanspruchs siehe *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, 5. Aufl., § 33 GWB Rn. 44. Gegen eine trennscharfe Abgrenzung siehe *Bien*, in: Das deutsche Kartellrecht nach der 8. GWB-Novelle (2013), S. 329, 338f. *Bien* weist darauf hin, dass zwischen Beseitigung und Schadensersatz in bestimmten Fällen Anspruchskonkurrenz bestehen kann. Die Konkurrenz wird in der Rechtsprechung anerkannt: BGH v. 1.12.1995, NJW 1996, 845, 846; BGH v. 2.7.1996, NJW 1996, 3005, 3005f – *Kraft-Wärme-Kopplung*.

414 Beide können auf Geldzahlung gerichtet sein und den Kontrahierungszwang begründen. S. *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, § 33 GWB Rn. 7. Siehe unten C. I. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

II. Anspruchsvoraussetzungen

1. Allgemeines

Die Abwehransprüche setzen zuerst eine Zuwiderhandlung gegen das Kartellrechtsverbot oder eine Verfügung der Wettbewerbsbehörde voraus. Da der Beseitigungsanspruch auf das Abstellen der Quelle einer fortlaufenden rechtswidrigen Störung, sprich der verbotenen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen gerichtet ist, setzt dieser das Fortbestehen der Störung im Zeitpunkt der Anspruchsgewährung und die Möglichkeit voraus, diese durch eine – für den jeweiligen Einzelfall unterschiedliche – Handlung zu beenden.[415] Der Unterlassungsanspruch hingegen erfordert eine Wiederholungs- oder Erstbegehungsgefahr des Kartellrechtsverstoßes und das inhaltliche Verlangen muss sich gerade auf die vermeintlich kartellrechtswidrige Handlung beziehen.[416] Eine Wiederholungsgefahr liegt regelmäßig vor, wenn der Anspruchsgegner eine gleichartige Zuwiderhandlung in der Vergangenheit begangen hat.[417] Der vorbeugende Unterlassungsanspruch setzt eine ernsthafte Gefahr eines erstmals drohenden Kartellrechtsverstoßes voraus.[418] Hierfür müssen „ernsthafte und greifbare tatsächliche Anhaltspunkte" vorliegen, dass „der Anspruchsgegner sich in naher Zukunft in näher bezeichneter Weise rechtswidrig verhalten wird".[419] Die Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche können nebeneinander geltend

415 Vgl. *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, § 33 GWB Rn. 6f. m.w.N.

416 *Roth*, in: FK, § 33 GWB Rn. 33; *Franck*, in: Immenga/Mestmäcker, § 33 GWB Rn. 32.

417 BGH v. 17.10.2017, NZKart 2018, 52, 53 – *Almased Vitalkost;* LG Frankfurt v. 24.10.2019, 2-03 O 517/18, Juris, Rn. 157; *Roth*, in: FK, § 33 GWB Rn. 30. Es besteht eine tatsächliche Vermutung für die Wiederholungsgefahr, siehe Anwendungspraxis zu § 1004 Abs. 1 BGB: BGH v. 30.10.1998, NJW 1999, 356 – *Schweinemast.* Die Vermutung ist unter strengen Anforderungen widerlegbar, dazu siehe *Roth*, in: FK, § 33 GWB Rn. 30 und die dort angeführten Verweise auf Entscheidungen zum UWG. Die Wiederholungsgefahr entfällt bei Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungs- und Unterwerfungserklärung durch den Rechtsverletzer. Vgl. zum UWG *Köhler/Bornkamm* in: Köhler/Bornkamm, § 12 Rn. 1.16ff., 1.101ff.

418 *Franck*, in: Immenga/Mestmäcker, § 33 GWB Rn. 13.

419 BGH v. 29.6.2010, KZR 31/08, Juris, Rn. 50– *GSM-Wandler*; KG Berlin v. 4.4.2019, NZKart 2019, 383, 384 – *Gasversorgungsnetz Berlin.* Vgl. BGH v. 31.5.2001, GRUR 2001, 1174, 1175 – *Berühmungsaufgabe* (zum UWG).

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gemacht werden. Im Einzelfall kann eine Abgrenzung zwischen Unterlassung und Beseitigung schwierig sein.[420]

Die Anspruchsberechtigung knüpft seit der 7. GWB–Novelle an den Begriff der „Betroffenheit" an. Nach § 33 Abs. 3 GWB gilt ein Mitbewerber oder sonstiger Marktbeteiligter als Betroffener, sofern er durch den Kartellrechtsverstoß beeinträchtigt ist. Eine Beeinträchtigung liegt vor, soweit der Marktbeteiligte in seinen „wirtschaftlichen Interessen" im Vergleich zu der Situation ohne Zuwiderhandlung schlechter gestellt wird.[421] Mit der Abschaffung des Schutzgesetzerfordernisses beabsichtigte der Gesetzgeber, den Kreis der Anspruchsberechtigten im Einklang mit der EuGH-Rechtsprechung nach Möglichkeit auszuweiten.[422] Obwohl sich der im EuGH-Urteil *Courage* etablierte „Jedermann"-Grundsatz auf Schadensersatzansprüche bezieht, beanspruchen die grundlegenden Aspekte auch für Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche Geltung.[423]

Da nach einer weit verbreiteten Meinung im Schrifttum die Anspruchsberechtigung des Schadensersatzes ebenfalls nach § 33 Abs. 3 GWB zu beurteilen ist,[424] wird diese einheitlich im nächsten Kapitel in Bezug auf den Schadensersatz thematisiert. Neben den konkret „Betroffenen" sind nach § 33 Abs. 4 GWB noch die Verbände zur Förderung gewerblicher oder selbstständiger beruflicher Interessen und die dort genannten qualifizierten Einrichtungen berechtigt, die Abwehransprüche geltend zu machen.

---

420 *Franck*, in: Immenga/Mestmäcker, § 33 GWB Rn. 28. Beispielsweise im Fall einer Lieferverweigerung, siehe unten C.I.2.

421 OLG Düsseldorf v. 26.2.2014, NZKart 2014, 154 – *Presse-Grosso II*; folgend BGH v. 6.10.2015, NJW 2016, 1652, Rn. 15f – *Zentrales Verhandlungsmandat*; *Franck*, in: Immenga/Mestmäcker, § 33 GWB Rn. 15; *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, § 33 GWB Rn. 17.

422 BT-Drucks. 15/3640, S. 53; *Meeßen*, S. 176; *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, 5. Aufl., § 33 GWB Rn. 15.

423 Als „Betroffener" und mithin anspruchsberechtigt für die Geltendmachung des Abwehranspruchs ist jeder anzusehen, der durch den Wettbewerbsverstoß einen Schaden erlitten hat oder erleiden könnte. Diese Auffassung ist im Schrifttum weit verbreitet: *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, 5. Aufl., § 33 GWB Rn. 11; *Rehbinder*, in: LMRKM, 3. Aufl., § 33 GWB Rn. 18; *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, § 33 GWB Rn. 18f; *Logemann*, S. 222 m.w.N. S. auch die Rechtspraxis OLG Düsseldorf v. 26.2.2014, NZKart 2014, 154 – *Presse-Grosso II*; OLG Frankfurt v. 26.1.2014, WuW/E DE-R 2860, 2861 – *Entega*. Gegen einen Gleichlauf der Bestimmung der Betroffenheit bei Abwehr- und Schadensersatzansprüchen siehe *Roth*, in: FK, § 33 GWB Rn. 54ff. *Roth* hält die Anspruchsberechtigung von mittelbaren Abnehmern und Lieferanten für die Geltendmachung von Abwehransprüchen für problematisch. Vgl. ferner *Franck*, in: Immenga/Mestmäcker, § 33 GWB Rn. 16ff.

424 Vgl. oben Fn. 423.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Klagebefugnis für Verbandsklage

Die Klagebefugnis für Verbände entspricht für den Unterlassungsanspruch dem Vorbild des UWG und wurde von Anfang an im GWB festgesetzt. Seit der 7. GWB-Novelle erstreckt sie sich auch auf den Beseitigungsanspruch. Nach § 33 Abs. 2 Nr. 1 7. GWB-Novelle konnten nur diejenigen Verbände Abwehransprüche geltend machen, deren zugehörige Unternehmen auf demselben Markt wie die Rechtsverletzer tätig waren. Durch die 8. GWB-Novelle wurde diese Einschränkung durch den Verweis auf die „Betroffenheit" aufgehoben. Aktivlegitimiert sind damit auch die Verbände, denen eine erhebliche Anzahl von Unternehmen der Marktgegenseite angehört.[425] Weitere Klagebefugte sind die in § 33 Abs. 4 Nr. 2 GWB genannten qualifizierten Einrichtungen. Von besonderer praktischer Bedeutung sind die Verbraucherverbände, die die Voraussetzungen nach § 4 Abs. 2 UKlaG erfüllen. Die klagebefugten Verbände machen den Abwehranspruch in eigenem Namen geltend. Der dem Verband zustehende Abwehranspruch ist unabhängig von den Ansprüchen der betroffenen Mitglieder.[426]

Die Voraussetzungen der Aktivlegitimation der Unternehmerverbände ergeben sich im Wesentlichen aus § 33 Abs. 4 Nr. 1 GWB. Diese müssen rechtsfähig sein und dem Zweck dienen, gewerbliche oder selbstständige berufliche Interessen zu fördern. Durch die Zuwiderhandlung müssen die satzungsmäßigen Aufgaben des Verbandes berührt sein.[427] Des Weiteren ist die Aktivlegitimation des Unternehmensverbands nach § 33 Abs. 4 Nr. 1 lit. a GWB davon abhängig, dass ihm eine erhebliche Anzahl durch den Kartellrechtsverstoß beeinträchtigter Unternehmen angehört.[428] Ferner müssen die Verbände nach ihrer personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung in der Lage sein, ihre satzungsmäßigen Aufgaben wahrzunehmen (§ 33 Abs. 4 Nr. 1 lit. b).

In Bezug auf die Verbraucherverbände, weist die Gesetzesbegründung der 8. GWB-Novelle darauf hin, dass deren Anspruchsberechtigung in Fällen von Massen- oder Streuschäden bei der privaten Durchsetzung des

425 BT-Drucks. 17/9852, S. 27.

426 *Roth*, in: FK, § 33 GWB Rn. 104 m.w.N.

427 Vgl. *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, § 33 GWB Rn. 68, 75.

428 Der herrschenden Meinung nach darf das Kriterium der erheblichen Anzahl nicht zu eng ausgelegt werden. Dazu siehe *Franck*, in: Immenga/Mestmäcker, § 33 GWB Rn. 38; *Roth*, in: FK, § 33 GWB Rn. 110; *Bechtold/Bosch*, § 33 GWB Rn. 20.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Kartellrechts positiv mitwirken können.[429] Jedoch ist dieser erwartete Nutzen in der Praxis nur unter vielen Schwierigkeiten zu realisieren. Dies folgt zunächst daraus, dass den Verbraucherverbänden nur die Abwehransprüche eingeräumt werden. Der Beseitigungsanspruch ist jedoch grundsätzlich nicht auf einen Schadensausgleich gerichtet. Ohne Klagebefugnis für Schadensersatzklagen bleibt den Verbraucherverbänden praktisch nur eine Möglichkeit, den erlittenen Schaden der Verbraucher erstattet zu bekommen, nämlich durch den kollektiven Rückerstattungsanspruch kartellrechtswidriger Zahlungen im Missbrauchsfall.[430] Des Weiteren profitieren die Verbraucherverbände nicht von den diversen im Zuge der 9. GWB-Novelle eingeführten klägerfreundlichen Regelungen, da diese nur für die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs gelten. Zu diesen Regelungen zählen vor allem die Bindungswirkung der behördlichen Entscheidungen und die Informations- und Auskunftsansprüche, die die Beweisführung für die Ermittlung der Höhe der Rückerstattung erleichtern können.[431] Die geringe Belohnung und das hohe Verfahrens- und damit auch Kostenrisiko geben den Verbraucherverbänden wenig Anreize für eine Klageerhebung.

B. Beseitigung und Unterlassung im chinesischen Antimonopolrecht

I. Beseitigungs- und Unterlassungspflicht in drei Haftungsformen

Inhalt und Umfang der zivilrechtlichen Haftung nach § 60 Abs. 1 AMG richten sich nach den allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts. Als Konkretisierung des § 60 Abs. 1 AMG werden die Einstellung der Verletzungen und der Schadensersatz als mögliche Haftungsformen in § 14 OVG-AMG-Bestimmungen genannt. Die zivilrechtliche Gesetzgebung in China gebraucht das traditionelle Konzept von Beseitigungs- und Unterlassungs-

429 BT-Drucks. 17/9852, S. 21: „Angemessene Beteiligung der Verbraucherverbände bei der privaten Kartellrechtsdurchsetzung."

430 Die Verbraucherverbände können den Anspruch auf Vorteilsabschöpfung (§ 34a Abs. 1 GWB) geltend machen. Sie würden aber auch in diesem Fall nicht in eine bessere Lage versetzt. Ausführlich siehe *Bien*, in: Das deutsche Kartellrecht nach der 8. GWB-Novelle (2013), S. 329, 343f.

431 Vgl. auch *Bien*, in: Das deutsche Kartellrecht nach der 8. GWB-Novelle (2013), S. 329, 343. Das Beweisrecht wird weiter unten im Kapitel § 6 erläutert.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

anspruch nicht.[432] In § 179 ZGB (früher § 134 AG ChinZR-1986) sind die Einstellung der Verletzungen (chinesisch: 停止侵害), die Behebung von Behinderungen (chinesisch: 排除妨碍) und die Beseitigung von Gefahren (chinesisch: 消除危险) als drei der zivilrechtlichen Haftungsformen festgelegt. Die Zuordnung der Haftungsformen richtet sich nach den zugrunde liegenden Tatbeständen in den jeweiligen Gesetzen. Jedes Gesetz normiert eine Generalklausel für die zivile Haftung bzw. zivilrechtliche Sanktionen. Die drei Haftungsformen sind nicht vis-à-vis als gleich mit dem Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch des deutschen Rechts anzusehen. Die Haftungsformen werden in den chinesischen Gesetzen, in den juristischen Auslegungen und im Schrifttum weitgehend unterschiedlich umschrieben. Über ihr Verhältnis zu den zugrundeliegenden Ansprüchen, ihren Inhalt und ihre Anwendung besteht Uneinigkeit. Für ein besseres Verständnis der zivilrechtlichen Haftung im Antimonopolrecht ist es deshalb notwendig, sich zunächst mit dem Verhältnis dieser drei Haftungsformen zu den Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen auseinanderzusetzen.

1. Einstellung der Verletzungen

Der Terminus „Einstellung der Verletzungen" wird für verschiedene Anlässe verwendet und führt daher besonders zu Verwirrung. Zunächst besteht Einigkeit im Schrifttum darüber, dass die Einstellung der Verletzungen auf eine bereits eingetretene, aber noch fortdauernde Beeinträchtigung gerichtet ist.[433] In diesem Sinne umfasst der Anspruch auf Einstellung der Verletzungen den Beseitigungsanspruch (im Sinne des deutschen Rechts). Nicht selten wird der Terminus „Einstellung der Verletzungen" im Schrifttum auch so verstanden, dass er auch bei Wiederholungsgefahr des Rechts-

432 Die chinesische Zivilrechtsforschung folgt der Dogmatik des Anspruchssystems bzw. der Lehre von Ansprüchen. Eine einheitliche gesetzliche Anspruchsgrundlage für Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche ähnlich § 1004 BGB findet sich in § 35 des chinesischen Sachenrechtsgesetzes (jetzt § 236 ZGB). § 35 Sachenrechtsgesetz: „Wird ein dingliches Recht beeinträchtigt oder droht eine Beeinträchtigung, so kann der Berechtigte die Beseitigung der Beeinträchtigung oder der Gefahr der Beeinträchtigung verlangen." Übersetzung von *Zhou, Mei/Qi, Xiaokun/Lohsse/Liu, Qingwen*, ZChinR, 2007, 78, 84. Diese Anordnung eines eigenständigen dinglichen Anspruchs ist abweichend von der Gesetzgebungstechnik des AG ChinZR-1986.

433 Vgl. *Cheng, Xiao*, S. 656; *Mao, Shaowei*, FX 4 (2016), 23, 27; *Zhang, Xinbao*, Deliktshaftungsgesetz, 2. Aufl., S. 130.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

verstoßes eingreift.[434] Wenn die ernsthafte Möglichkeit der Wiederholung eines gleichartigen Rechtsverstoßes besteht, kann der Betroffene die Einstellung der Verletzungen geltend machen. Demzufolge wird Einstellung der Verletzungen im Chinesischen teilweise als wörtliche Übersetzung von Unterlassung i.S.d § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB verwendet.[435] Diese Verwendung ist oft im wirtschaftsrechtlichen Kontext zu finden. Im Falle des Bestehens einer Erstbegehungsgefahr eines Rechtsverstoßes kann sich der Betroffene jedoch nicht auf die Einstellung der Verletzungen berufen, weil diese eine bereits zuvor eingetretene tatsächliche Verletzung voraussetzt. Stattdessen ist in diesem Fall die Beseitigung von Gefahren möglich.

Zuletzt wird der Terminus „Einstellung der Verletzungen" auch im Verfahrensrecht verwendet und ist generell weit auszulegen. Beispielsweise kann in der heutigen Praxis ein Patentinhaber einen Antrag auf Einstellung der Verletzungen (gemeint ist tatsächlich die Unterlassung der Verletzung) gegen eine verdächtige Patentverletzung im Vorverfahren stellen.[436] Hier können sowohl die Einstellung von Verletzungen, die Behebung von Behinderungen als auch die Unterlassung einer bestimmten Handlung als mögliche einstweilige Maßnahmen geltend gemacht werden.

2. Behebung von Behinderungen

Die Abgrenzung zwischen der Einstellung von Verletzungen (im engeren Sinne als Beseitigungsanspruch) und der Behebung von Behinderungen ist nicht einfach. Der Unterschied der Einstellung von Verletzungen zum Anspruch auf Behebung der Behinderungen sowie auf Beseitigung von Gefahren liegt nach herkömmlichem Verständnis in dem Kreis der geschützten Rechte.[437] Während die letztgenannten Haftungsformen typisch sind

434 Z.B. s. *Zhang, Xinbao*, Deliktshaftungsgesetz, 2. Aufl., S. 130.

435 Z.B. *Schwab*, Einführung in das Bürgerliche Recht, übersetzt von *Zheng, Chong*, 2006. Der Unterlassungsanspruch in anderen deutschen Gesetzen wie beispielsweise in § 8 Abs. 1 UWG und § 33 Abs. 1 GWB wird mehrfach als „die Einstellung der Verletzungen" übersetzt. S. *Shao, Jiandong*, Übersetzung des deutschen UWG (2004), in: Jahrbuch des Deutsch-Chinesischen Instituts für Rechtswissenschaft der Universitäten Göttingen und Nanjing (2006); *Fang, Xiaomin/Li, Chun/Yang, Juan*, Übersetzung des deutschen GWB (2005), in: Jahrbuch des Deutsch-Chinesischen Instituts für Rechtswissenschaft der Universitäten Göttingen und Nanjing (2006).

436 OVG-Bestimmungen für die Rechtsanwendung zur Abstellung von Patentrechtsverletzungen vor der Einleitung gerichtlicher Verfahren, gilt seit 1.7.2001. Ähnliche Regelungen gibt es auch im Markenrecht und Urheberrecht.

437 *Mao, Shaowei*, FX 4 (2016), 23, 27.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

für Beeinträchtigungen der absoluten Rechte, vor allem des Sachenrechts, kommt die Einstellung von Verletzungen normalerweise bei Verletzungen des Immaterialgüterrechts und des Persönlichkeitsrechts zur Anwendung. Beispielsweise ist die Einstellung der Verletzungen als eine Haftungsform bei der Verletzung des Urheberrechts im chinesischen Urheberrechtsgesetz[438] sowie bei der Verletzung des Persönlichkeitsrechts im chinesischen Verbraucherschutzgesetz[439] vorgesehen.

Obwohl ein Unterschied zwischen den jeweils geschützten Rechten besteht, wird dies in der Praxis im Sprachgebrauch nicht streng befolgt. Zum einfacheren Verständnis ähnelt die Behebung von Behinderungen dem Beseitigungsanspruch im deutschen Recht. Im konkreten Fall besteht zwischen der Behebung von Behinderungen und der Einstellung der Verletzungen hinsichtlich ihrer Funktionen und Folgen kein wesentlicher Unterschied. Die genaue Abgrenzung spielt für die zivilrechtliche Haftung aufgrund eines Verstoßes gegen das AMG keine Rolle und wird daher nicht weiter erörtert.

3. Beseitigung von Gefahren

Sinngemäß ist der Anspruch auf die Beseitigung von Gefahren vergleichbar mit dem Unterlassungsanspruch im deutschen Sachenrecht.[440] Er richtet sich gegen drohende, in der Zukunft liegende Rechtsverstöße. Das chinesische Sachenrechtsgesetz statuierte die Anspruchsgrundlage für den Unterlassungsanspruch in § 35 (jetzt § 236 ZGB).[441] Wenn eine Beeinträchtigung eines dinglichen Rechts droht, kann der Berechtigte die Beseitigung der Gefahr der Beeinträchtigung verlangen.

4. Zwischenfazit

Untersucht man die Geschichte und setzt sich mit den Rechtsvorschriften und den konkreten Anwendungen auseinander, so ist festzustellen, dass der Begriff „Einstellung der Verletzungen" wahrscheinlich eine „Er-

438 § 52 Urheberrechtsgesetz der VR China.
439 § 50 Verbraucherschutzgesetz der VR China. Zur deutschen Übersetzung des Gesetzes siehe *Gresbrand/Martinek/Odom/Rotermund/Will*, ZChinR 2014, 69, 82.
440 *Mao, Shaowei*, FX 4 (2016), 23, 30; *Cui, Jianyuan*, Sachenrecht, 3. Aufl., S. 130.
441 Vgl. oben Fn. 432.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

findung" des chinesischen Rechts ist.[442] Die wörtliche Bedeutung von Einstellung der Verletzungen ist selbst vielfältig und ambivalent. Nach Jahren der vermischten Begriffsverwendung ohne scharfe Abgrenzung ist eine dogmatische Einordnung dieser Haftungsform als Unterlassungs- oder Beseitigungsanspruch äußerst schwierig. Abgesehen von dem verwirrenden Sprachgebrauch und dem dogmatischen Streit, sind diese drei Formen ziviler Haftung in ihrer Gesamtheit inhaltlich den Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen im deutschen Recht ähnlich.[443] Im Hinblick auf § 60 Abs. 1 AMG und § 14 OVG-AMG-Bestimmungen ist die Einstellung der Verletzungen als eine Haftungsform im weiteren Sinne für die Beseitigungs- und Unterlassungspflicht zu verstehen: Sowohl der Beseitigungs- als auch der Unterlassungsanspruch können gegen monopolisierende Verhaltensweisen geltend gemacht werden.

Das AMG, das eine „zivile Haftung" vorsieht und die OVG-AMG-Bestimmungen, die die Einstellung der Verletzungen benennen, eröffnen mithin lediglich die Möglichkeit für Abwehransprüche, ohne jedoch deren Voraussetzungen zu präzisieren. Das allgemeine Zivilrecht kann nur wenige Anhaltspunkte bieten. Dies stellt ein wesentliches Hemmnis für eine wirksamere offensive Durchsetzung des Antimonopolrechts durch Abwehransprüche dar. Es ist daher dringend anzuraten, die bisher geltende Generalklausel des § 60 Abs. 1 AMG durch konkretere Regelungen mit Anspruchsvoraussetzungen (nach dem Vorbild des § 33 Abs. 1 GWB) zu ersetzen oder durch juristische Auslegung mit Regelbeispielen zu konkretisieren, um unnötige Verwirrungen und Missverständnisse bei der Geltendmachung der Abwehransprüche zu vermeiden. Dies würde den potenziellen Geschädigten eine bessere Orientierung geben, um ihre wirtschaftlichen Interessen vor Kartellrechtsverstößen mithilfe der Geltendmachung von Abwehransprüchen besser schützen zu können.

442 S. *Zhang, Gu*, JNXB 2 (2009), 12, 20f. Im ersten Entwurf des Zivilgesetzes in den 1950er Jahren wurden Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch in Verbindung mit dinglicher Haftung verwendet. Im Entwurf der AG ChinZR-1986 wurde die Einstellung der Verletzungen zum ersten Mal als eine der zivilen Haftungsformen vorgeschrieben und vor die Behebung der Behinderungen sowie Beseitigung von Gefahren platziert.

443 Vgl. *Mao, Shaowei*, FX 4 (2016), 23, 34.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

II. Anspruchsvoraussetzungen

Trotz der oben dargestellten systematischen Unterschiede zwischen den Haftungsformen und den Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen sind die allgemeinen Anspruchsvoraussetzungen der erörterten Ansprüche im chinesischen Recht ähnlich der allgemeinen Dogmatik des deutschen Rechts. Soweit die kartellrechtswidrige Handlung fortdauert, besteht unabhängig davon, ob dadurch bereits ein Schaden eingetreten ist oder nicht, für die Betroffenen die Möglichkeit, den Anspruch auf Einstellung der Verletzungen geltend zu machen.[444] Dies gilt auch, wenn eine Wiederholungs- oder Erstbegehungsgefahr besteht. Die Regelungen zur Aktivlegitimation ergeben sich aus dem allgemeinen chinesischen Zivilprozessrecht und werden im folgenden Kapitel § 5 näher erläutert.

C. Anwendungspraxis

I. Deutschland

Aus der Erfahrung in Deutschland haben die Abwehransprüche eine wichtige Rolle in der Entwicklungsgeschichte der privaten Rechtsdurchsetzung gespielt. Deren größtes Anwendungsgebiet besteht im Zusammenhang mit dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung und der relativen Marktmacht. Durch Abwehransprüche, wie beispielsweise den Belieferungsanspruch und den Anspruch auf Zugang zu wesentlichen Einrichtungen als Ausformungen des Beseitigungsanspruchs, können die weitere Ausdehnung von bereits entstandenen Nachteilen und ungünstigen Ergebnissen vermieden werden, die gegebenenfalls nicht rückgängig gemacht werden können, wenn z.B. der Betroffene aus dem Markt verdrängt wurde. Insbesondere können die Abwehransprüche in eilbedürftigen Fällen durch einstweilige Verfahren geltend gemacht werden, die eine schnelle Reaktion auf wettbewerbswidrige Praktiken ermöglichen.

444 *Cheng, Xiao*, S. 656.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

I. Statistischer Überblick

Für die vergangenen Jahre gibt es bisher keine umfassende, öffentlich zugängliche Statistik zu kartellrechtlichen Zivilklagen in Deutschland, mit der Beseitigungs- und Unterlassungsklagen identifiziert werden könnten. Im Rahmen der statistischen Untersuchung von *Peyer* wurden Daten zu Kartellzivilklagen von 2004 bis 2009 erhoben.[445] Obwohl die rechtlichen Rahmenbedingungen der privaten Kartellrechtsdurchsetzung seither geändert wurden, haben sich die gesetzlichen Regelungen zu Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen nicht wesentlich verändert. Diese statistische Untersuchung kann daher einen Überblick über die praktische Anwendung verschaffen und die praktische Bedeutung mehr oder weniger aufzeigen.

Aus der Statistik von Peyer Report geht hervor, dass über 40 % der Klagen auf Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen beruhten und damit die größte Kategorie darstellten. Klagen, in denen Schadensersatzansprüche geltend gemacht wurden, machten nur etwa 7 % aus. Im Vergleich zum Schadensersatzanspruch sind die Anspruchsvoraussetzungen für den Abwehranspruch weniger streng, was insbesondere für die Rechtslage vor der 7. GWB-Novelle galt, durch die die gesetzlichen Regelungen zum Schadensersatzanspruch umfassend geändert wurden. Die Kläger waren viel eher bereit, Beseitigungs- oder Unterlassungsansprüche als Schadensersatzansprüche geltend zu machen. Aus dem Peyer Report (2004) geht weiter hervor, dass sich die meisten Beseitigungs- und Unterlassungsklagen gegen vertikale Wettbewerbsbeschränkungen und unilaterale Verhaltensweisen richteten.[446] Die typischen Anwendungsfälle sind nach diesem Bericht die Geschäfts- und Lizenzverweigerung sowie die Verweigerung des Zugangs zu wesentlichen Einrichtungen.[447]

445 Peyer report (2014), S. 20. Beseitigungs- und Unterlassungsklagen wurden zusammengerechnet.

446 Aufgrund fehlender Daten wurden nicht zwischen Klagen wegen des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung und Klagen wegen des Missbrauchs einer marktstarken Stellung (nach §§ 19 und 20 GWB a.F.) in dem Bericht unterschieden, siehe Peyer report (2014), S. 23.

447 Peyer Report (2014), S. 23.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Anwendungsfälle

Der Inhalt des Beseitigungsanspruchs hängt von der Art der kartellrechtswidrigen Handlung (Störung) im konkreten Fall ab.[448] In der Regel steht es dem Unternehmen frei, welche Maßnahmen es ergreift, um sein rechtswidriges Verhalten abzustellen.[449] Der Unterlassungsanspruch ist auf ein Unterlassen einer drohenden Beeinträchtigung gerichtet, aber kann auch die Vornahme von bestimmten Handlungen umfassen, wenn nur so der durch die Beeinträchtigung geschaffene Störungszustand beseitigt werden kann.[450] Der Inhalt hängt daher wie der Beseitigungsanspruch auch von der Verletzungshandlung im konkreten Fall ab.

Die Abwehransprüche haben eine große praktische Bedeutung bei missbräuchlichen Praktiken, insbesondere im Fall der Lieferverweigerung erlangt.[451] Wenn ein marktbeherrschendes oder relativ marktmächtiges Unternehmen seine Marktmacht unter Verletzung der §§ 19, 20 GWB oder Art. 102 AEUV dadurch missbraucht hat, dass es ein anderes Unternehmen absichtlich durch Verweigerung der Belieferung unbillig behindert, kann das behinderte Unternehmen sich auf den Anspruch auf Belieferung berufen. Der Anspruch auf Belieferung kann nach den konkreten Umständen sowohl auf den Beseitigungsanspruch als auch auf den Unterlassungsanspruch gestützt sein.[452] Die „Aufrechterhaltung der Lieferverweigerung" wird als die fortdauernde Störung angesehen, die zu beseitigen ist.[453] Der Kläger kann auch einen Anspruch auf Unterlassung der Belieferungsverweigerung bzw. künftige Belieferung geltend machen.[454] Hier kommt ein Beseitigungs- bzw. Unterlassungsanspruch in der Form eines Kontrahierungszwanges nur dann in Betracht, wenn der Verstoß ausschließlich durch

448 *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, 5. Aufl., § 33 GWB Rn. 44.
449 *Lübbig*, in: MüKo GWB, § 33 Rn. 42.
450 *Roth*, in: FK, § 33 GWB Rn. 33.
451 *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, 5. Aufl., § 33 GWB Rn. 44; Peyer Report (2014), S. 23.
452 Die Nachholung einer geschuldeten Lieferung wurde in der früheren Rechtsprechung als Teil des Schadensersatzanspruchs in Form der Naturalrestitution angesehen. Siehe z.B. BGH v. 12.5.1998, WuW/E DE-R 206, 209f. – *Depotkosmetik*. Kritik daran siehe *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, § 19 GWB Rn. 402 und die dort angeführte Literatur.
453 *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, 5. Aufl., § 33 GWB Rn. 45; *Rehbinder*, in: LMRKM, 3. Aufl., § 33 GWB Rn. 61.
454 BGH v. 6.10.2015, NZKart 2015, 535 – *Porsche-Tuning*; OLG Düsseldorf v. 25.5.1982, WuW/E OLG 2732 – *Elektrowerkzeuge*; *Roth*, in: FK, § 33 GWB Rn. 35.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Abschluss des Vertrags vermieden werden kann.[455] Der Anspruch auf Belieferung kann auch ausnahmsweise im Wege einer einstweiligen Verfügung beim Vorliegen einer bestehenden oder drohenden Notlage für den Antragssteller durchgesetzt werden, wobei eine Abwägung der schutzwürdigen Interessen der beiden Parteien von dem Gericht durchgeführt wird.[456] Eine Lieferverweigerung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen gegenüber einem einzelnen Unternehmen würde von der Kartellbehörde wegen der geringen Priorität nicht aufgegriffen. Hingegen ist die Belieferung für das betroffene Unternehmen von großem Interesse, sodass ein entsprechender Anreiz besteht, den Belieferungsanspruch durchzusetzen und hierdurch zur Schaffung einer wettbewerbsrechtskonformen Situation beigetragen wird.[457]

Eine besondere Fallgruppe der Geltendmachung der Abwehransprüche ist die kartellrechtliche Zwangslizenzeinwand gegen einen patentrechtlichen Unterlassungsanspruch in den Streitigkeiten in Bezug auf Standardessenzielle Patente (SEP). Solche Patente sind für die Implementierung von Industriestandards unerlässlich und können eine marktbeherrschende Stellung begründen, wenn deren Nutzung für den Marktzutritt erforderlich ist.[458] Infolgedessen unterliegt die Lizenzierungspraxis eines marktbeherrschenden Patentinhabers der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle. Der BGH folgte dem *Standard-Spundfass-Urteil*[459] und bejahte die Zulässigkeit des kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwands gegenüber dem Unterlassungsbegehren des Patentinhabers im Patentverletzungsverfahren in der Rechtssache *Orange-Book-Standard* in 2009.[460] Der Nutzer eines SEP kann dem Unterlassungsbegehren eines Patentinhabers einen kartellrechtlichen Lizenzeinwand entgegenhalten, wenn er behauptet, dass der Patentinhaber mit einer marktbeherrschenden Stellung ihn durch die Lizenzverweigerung diskriminiert oder behindert und damit gegen §§ 19, 20 GWB bzw. Art. 102 AEUV verstößt. Insbesondere kann er von dem SEP-Inhaber, wenn dieser sich gegenüber einer Standardisierungsorganisation verpflichtet hat, jedem Dritten eine Lizenz zu fairen, zumutbaren und diskriminierungsfreien

455 *Fritzsche*, WRP 2006, 42, 52f; *Rehbinder*, in: LMRKM, 3. Aufl., § 33 GWB Rn. 63.
456 Vgl. z. B. OLG Düsseldorf v. 5.12.2001, WuW/E DE-R 847, 849f. – *Linzer Gasliefe-rant;* LG Düsseldorf v. 11.9.2012, WuW/E DE-R 3794, 3798 – *Online-Reiseportale.*
457 Vgl. BKartA, Diskussionspapier: Private Kartellrechtsdurchsetzung – Stand, Probleme, Perspektiven, S. 3.
458 Vgl. BGH v. 13.7.2004, NJW-RR 2005, 269, 271 – *Standard-Spundfass.*
459 BGH v. 13.7.2004, NJW-RR 2005, 269–274 – *Standard-Spundfass.*
460 BGH v. 6. 5. 2009, NJW-RR 2009, 1047, 1049 – *Orange-Book-Standard.*

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Bedingungen (sogenannte FRAND-Bedingungen) zu gewähren, erwarten, dass er ihm tatsächlich eine solche Lizenz erteilt.[461] In der Rechtssache *Huawei/ZTE* hat der EuGH, die sich auf ein SEP mit FRAND-Erklärung bezieht, beiden Parteien Verhaltenspflichten auferlegt, um den kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwand zu begründen bzw. abzuwehren. Der Patentnutzer (bzw. der angebliche Patentverletzer) muss seinen Willen bekunden, einen Lizenzvertrag zu FRAND-Bedingungen abzuschließen und auf das vom SEP-Inhaber unterbreitete Lizenzangebot sorgfältig, gemäß den geschäftlichen Gepflogenheiten und unter Beachtung von Treu und Glauben reagieren, ohne dabei eine Verzögerungstaktik zu verfolgen.[462] Die Einzelheiten zur Umsetzung der Verpflichtungen nach der EuGH Entscheidung „*Huawei/ZTE*" sind jedoch sehr umstritten und von Fall zu Fall unterschiedlich.[463] Der kartellrechtliche Zwangslizenzeinwand bietet Nutzern von standardessenziellen Patenten Schutz vor missbräuchlichen Forderungen des Patentinhabers. So ermöglicht er ihnen, eine gerichtliche Klärung der FRAND-Bedingungen zu verlangen, wenn sie beschuldigt werden, ein SEP zu verletzen.

Weitere Anwendungsfälle des Beseitigungsanspruchs, die in der bisherigen Praxis Bedeutung erlangt haben, sind die diskriminierenden Zulassungsbedingungen zu einer Fachmesse[464] und die Verweigerung des Zugangs zu wesentlichen Einrichtungen nach § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB[465]. In diesen Fällen kann der fortdauernde Störungszustand meistens nur durch den

461 EuGH v. 16.7.2015, C-170/13, ECLI:EU:C:2015:477, Rn. 53 – *Huawei/ZTE*.

462 EuGH v. 16.7.2015, C-170/13, ECLI:EU:C:2015:477, Rn. 71 – *Huawei/ZTE*.

463 Die Orange-Book-Standard-Entscheidung befasst sich mit De-facto-Standards ohne FRAND-Erklärung. Vor der EuGH-Entscheidung bot diese Entscheidung die grundlegenden Kriterien der Interaktion zwischen dem Patentinhaber und dem Nutzer des Patents. Der BGH hat es systematisch unternommen, im Lichte allgemeiner privatrechtlicher Prinzipien den Unterlassungsanspruch des Patentinhabers mit dem kartellrechtlichen Unterlassungsanspruch des Lizenznehmers über den dolo petit-Einwand aus § 242 BGB zu koordinieren. Siehe BGH v. 6. 5. 2009, NJW-RR 2009, 1047, 1049f. – *Orange-Book-Standard*. Es ist umstritten, inwieweit die vom BGH aufgestellten Anforderungen nach der EuGH-Entscheidung „*Huawei/ZTE*" anwendbar sind. Die Entscheidungen in Anwendung der EuGH-Entscheidung siehe z.B. BGH v. 5.5.2020, GRUR 2020, 961–974 – *FRAND Einwand*; BGH v. 24.11.2020, GRUR 2021, 585–600 – *FRAND Einwand II*.

464 OLG Düsseldorf v. 10.3.2010, WuW/E DE-R 2897–2901 – *Infodental Düsseldorf*.

465 Mittels einstweiliger Verfügung: LG Dortmund v. 1.9.2000, WuW/E DE-R 565, 568; LG Magdeburg v. 14.4.2000, WuW/E DE-R 542, 544 – *EuroPower*; *Fritzsche*, WRP 2006, 42, 53. In beiden Fällen wird die Gewährung des Zugangs auch als Inhalt des Unterlassungsanspruchs angesehen. Siehe *Roth*, in: FK, § 33 GWB Rn. 34.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Abschluss eines Vertrags mit Wirkung für die Zukunft abgestellt werden. Unter Umständen ist der Beseitigungsanspruch auch auf eine Geldzahlung gerichtet. Dies ist etwa der Fall, wenn den Nachfragenden infolge einer fortdauernd gegen § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB verstoßenden unbilligen Behinderung ein angemessenes Entgelt für die Leistung vorenthalten wird und dies die einzige Maßnahme zur Beseitigung der rechtswidrigen Störung darstellt.[466] Ähnlich kann die Beseitigung auch in Form der Erstattung kartellrechtswidrig überhöhter Gebühren erfolgen.[467]

Der Unterlassungsanspruch wird häufig gegen folgende missbräuchliche Praktiken geltend gemacht: diskriminierende Zulassung zu einer Ausschreibung,[468] Ablehnung der Aufnahme in einen Fachverband,[469] und diskriminierende und intransparente Konzessionsvergabe[470]. Insbesondere ist in der jüngsten Praxis zu beobachten, dass der Unterlassungsanspruch im Sportbereich zunehmend als Anspruch gegen die Durchsetzung wettbewerbsbeschränkender Klauseln in der Satzung bzw. Reglement eines Dachverbands[471] und gegen Nichtzulassung zur Teilnahme an einem Spielbetrieb oder Wettkampf[472] Bedeutung erlangt. Außerdem wird der Unterlassungsanspruch auch gegen Verwendung wettbewerbsbeschränkender Klauseln in Händlerverträgen geltend gemacht.[473]

466 BGH v. 6.10.1992, NJW 1993, 396, 398 – *Stromeinspeisung*; BGH v. 2.7.1996, NJW 1996, 3005, 3005f. –*Kraft-Wärme-Kopplung*; *Roth*, in: FK, § 33 GWB Rn. 39.

467 BGH v. 24.1.2017, NZKart 2017, 198, 202 – *Kabelanlagen,* neben Rückerstattung wurde auch ein Anspruch auf Anpassung der Preise für die Zukunft geltend gemacht; OLG Düsseldorf v. 6.7.2011, VI-U (Kart) 3/11, Juris, Rn. 180.

468 BGH v. 7.11.2006, NJW 2007, 2184–2186 – *Bevorzugung einer Behindertenwerkstatt.*

469 OLG Düsseldorf v. 11.10.2017, NZKart 2017, 598–599 – *Selbstablehnung im Verbandsgerichtsverfahren*.

470 OLG Brandenburg v. 22.8.2017, WuW 2018, 93, 94f.

471 LG Frankfurt v. 24.10.2019, NZKart 2020, 267–269; LG München v. 2.6.2016, 1 HK O 8126/16, Juris, Rn. 4ff.; OLG Düsseldorf v. 15.7.2015, WuW/E DE-R 4844–4858 – *IHF-Abstellbedingungen*.

472 LG Nürnberg-Fürth v. 28.2.2019, NZKart 2019, 288–290 – *Deutsche Ringerliga;* LG Frankfurt v. 9.1.2019, 2-06 O 225/18, Juris, Rn. 29ff.

473 OLG Schleswig v. 5.6.2014, NJW 2014, 3104 – *Partnervereinbarung*; KG 19.9.2013, NZKart 2014, 72–75 – *Schulranzen und Schulrucksäcke*.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

II. China

1. Überblick

In der jüngeren kartellrechtlichen Entscheidungspraxis in China sind Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche nicht selten. Normalerweise erhoben die von den Rechtsverletzungen Betroffenen erst dann die Zivilklage, wenn der Schaden bereits eingetreten war. Anhand der verfügbaren veröffentlichten Entscheidungen zeigt sich, dass die Kläger vor Gericht häufig beantragt haben, monopolisierende Handlungen einzustellen. Die Anträge der Kläger, die Beklagten zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen zu verpflichten, waren je nach der vermeintlichen Rechtsverletzung von Fall zu Fall unterschiedlich formuliert. Die Hauptfunktion der Abwehransprüche beschränkt sich dabei auf die Unterbindung der fortdauernden monopolisierenden Verhaltensweise. Im Vergleich zur Nichtigkeitssanktion und zum Schadensersatzanspruch haben die Abwehransprüche nur wenig Aufmerksamkeit gefunden. Die von einem Kartellrechtsverstoß beeinträchtigten Privaten sind sich nicht bewusst, dass sie den Verstoß durch di Geltendmachung von Abwehransprüchen frühzeitig angreifen können.

Aus den vorhandenen Entscheidungen geht hervor, dass das größte Hindernis für die erfolgreiche Geltendmachung der Abwehransprüche im Nachweis der Rechtswidrigkeit der missbräuchlichen Verhaltensweisen liegt. In den meisten Verfahren scheiterten die Kläger schon an der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung. In dieser Situation haben Beseitigungs- und Unterlassungsklagen keinen Vorteil gegenüber Schadensersatzklagen. Dies mag auch ein Grund dafür sein, dass die von den missbräuchlichen Verhaltensweisen betroffenen Marktteilnehmer mit einer Klage bis zum Eintritt des Schadens warten.

2. Anwendungsfälle

Die Geltendmachung von Unterlassungsanspruch in FRAND-Streitigkeiten in Bezug auf standardessenzielle Patente hat auch in China praktische Bedeutung. Im Verfahren *Huawei vs. IDC* machte Huawei den kartellrechtlichen Unterlassungsanspruch als Reaktion auf patentrechtliche Klagen

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

von IDC im Rahmen einer Schadensersatzklage geltend.[474] Anders als in Deutschland handelt es sich hierbei um eine von dem Patentverletzungsverfahren getrennte Klage. Das Urteil in der Rechtssache *Huawei vs. IDC* wird im Kapitel 5 Schadensersatzanspruch näher erläutert.

Der folgende Fall ist der erste, in dem es um eine Geschäftsverweigerung geht. Die Volksgerichte haben sich in diesem Fall eingehend mit dem Antrag auf Aufnahme in das Vertriebsnetz und einigen wesentlichen Fragen befasst, weshalb er exemplarisch erörtert wird.

Yunnan Ying Ding Bioenergie Co., Ltd., der größte Hersteller von Biodiesel aus Altöl in der Provinz Yunnan (im Folgenden: Ying Ding), erhob im Jahr 2014 eine Klage gegen SINOPEC, einen der größten Ölkonzerne in China, und dessen Niederlassung in Yunnan (im Folgenden: SINOPEC) wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, weil SINOPEC sich ohne angemessene Gründe weigerte, den Biodiesel (hergestellt aus Altöl) von Ying Ding zu erwerben und in das Vertriebsnetz aufzunehmen. Ying Ding klagte auf Aufnahme ihres Biodiesels in das Vertriebssystem der Beklagten und verlangte Schadensersatz (für entgangenen Gewinn) in Höhe von 3 Millionen RMB. Das Volksgericht erster Instanz entschied, dass SINOPEC nach dem chinesischen Gesetz über erneuerbare Energien verpflichtet sei, den von Ying Ding hergestellten Biodiesel zu kaufen und zu vertreiben, und dass SINOPEC die marktbeherrschende Stellung missbraucht habe. Es ordnete an, dass SINOPEC den Biodiesel von Ying Ding innerhalb von 30 Tagen in das Vertriebsnetz aufzunehmen hat.[475]

Nach Berufung durch beide Parteien wurde der Fall vom Oberen Volksgericht der Yunnan Provinz zur nochmaligen Prüfung an das Volksgericht erster Instanz zurückverwiesen. Nach dem Wiederaufnahmeverfahren vor dem erstinstanzlichen Gericht wurde die Klage zurückgewiesen. Im Wiederaufnahmeverfahren wurde festgestellt, dass die Qualität des Biodiesels von Ying Ding nicht den gesetzlich festgelegten nationalen Normen entsprach. Damit entfiel die Pflicht von SINOPEC zum Kauf des Biodiesels von Ying Ding nach dem Gesetz über erneuerbare Energien. Die beherrschende Stellung von SINOPEC auf dem Absatzmarkt für raffiniertes Öl

474 Oberes Volksgericht der Guangdong Provinz v. 16.10.2013, Az. (2013) Yue Gao Fa Min San Zhongzi Nr. 305 – *Huawei vs. IDC* (letzte Instanz). Zum Sachverhalt siehe unten S. 181f.

475 Zum Ganzen: Mittleres Volksgericht der Stadt Kunmin der Yunnan Provinz v. 12.8.2014, Az. (2014) Kun Zhi Min Chu Zi Nr. 108 – *Ying Ding vs. Sinopec* (erste Instanz).

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wurde zwar festgestellt, eine Geschäftsverweigerung nach § 17 AMG a.F. (jetzt § 22 AMG) lag jedoch nicht vor. Ying Ding legte daraufhin Berufung beim Oberen Volksgericht der Yunnan Provinz ein. Das Obere Volksgericht der Yunnan Provinz entschied gegen den Berufungskläger Ying Ding. Das Obere Volksgericht stellte fest, dass Ying Ding SINOPEC kein Angebot i.S.d Vertragsrechts unterbreitet hatte. Ying Ding habe lediglich die Bereitschaft zum Geschäftsabschluss zum Ausdruck gebracht. Die übersandten Dokumente stellten nur die Aufforderung zur Abgabe eines Angebots dar. Dass SINOPEC darauf keine Antwort abgegeben hatte, stelle keine gegen das Missbrauchsverbot verstoßende Geschäftsverweigerung dar.[476]

In diesem Fall wurde die Verpflichtung SINOPECs, den von Ying Ding produzierten Biodiesel in das Vertriebssystem aufzunehmen, unter zwei Aspekten thematisiert. Zum einen als zwingende Verpflichtung nach dem chinesischen Gesetz über erneuerbare Energien und zum anderen als Folge der marktbeherrschenden Stellung SINOPECs.[477] Obwohl das Volksgericht erster Instanz die kartellrechtlichen Fragen wie den relevanten Markt und die marktbeherrschende Stellung prüfte und letztere bejahte, wurde die Anordnung zur Aufnahme ins Vertriebsnetz letztlich auf das Gesetz über erneuerbare Energien gestützt. Das Obere Volksgericht (Berufungsgericht) war hingegen der Auffassung, dass die Verweigerung der Abgabe eines Angebots nach einer Aufforderung zur Angebotsabgabe keine Geschäftsverweigerung i.S.d. AMG darstelle und setzte sich deshalb nicht weiter mit dem Verhältnis zwischen Vertrags- und Kartellrecht auseinander. Jedoch wies das Obere Volksgericht darauf hin, dass der Abschluss des Vertrages in Ermangelung einer gesetzlichen Verpflichtung weiterhin der Privatautonomie unterliege. Es scheint der Auffassung zu sein, dass der Privatautonomie der Vorrang einzuräumen ist und daher aus dem Antimonopolrecht keine zu einem Kontrahierungszwang führende Lieferpflicht abgeleitet werden kann.

476 Zum Ganzen: Oberes Volksgericht der Provinz Yunnan v. 28.8.2017, Az. (2017) Yun Min Zhong Nr. 122 – *Ying Ding vs. Sinopec* (letzte Instanz).

477 Aus deutscher Sicht zum Verhältnis zwischen Zugangsansprüchen aufgrund Kartellrechts und aufgrund EnWG, siehe *Holzmüller*, in: Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung, § 10 Kartellrechtlicher Kontrahierungszwang Rn. 167ff.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

D. Fazit: Unentbehrlichkeit des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs für die private Durchsetzung

Die Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche sind ein nützliches zivilrechtliches Instrument zur Verfolgung des Abschreckungszwecks der privaten Rechtsdurchsetzung.[478] Sie haben ihrer Natur nach eine Präventionsfunktion. Der Betroffene muss nicht abwarten, bis ein Schaden tatsächlich entstanden ist. Im Vergleich zu der Nichtigkeitsanordnung des missbräuchlichen Verhaltens der Marktbeherrschers, die oftmals keine zufriedenstellende Lösung bieten kann, kann die Geltendmachung der Abwehransprüche, weil sie inhaltlich an die Art des Kartellrechtsverstoßes anknüpft und zukunftsbezogen ist, den Betroffenen unter Umständen passendere Lösungen zum Schutz ihrer wirtschaftlichen Interessen im Wettbewerb bieten.

Die erheblichen Vorteile der Beseitigungs- und Unterlassungsklage gegenüber der Schadensersatzklage bestehen darin, dass die Abwehransprüche kein Verschulden voraussetzen und der Kläger weder den konkreten Schaden noch den Kausalzusammenhang zwischen Verstoß und Schaden nachweisen muss,[479] während die Schwierigkeit des Schadensnachweises zu den größten Hindernissen für die Geltendmachung einer Schadensersatzklage zählt. Zudem ist die Geltendmachung der Abwehransprüche, insbesondere im Wege der einstweiligen Verfügung, für die beeinträchtigten Wettbewerber und Marktteilnehmer von größerem Zeitvorteil als die Schadensersatzklage, wenn sie von Missbrauchshandlungen bedroht oder durch den Störungszustand beeinträchtigt werden und auf eine zügige Abhilfe angewiesen sind, wie dies etwa im Falle von Liefersperren oder anderen gezielten Behinderungsmaßnahmen der Fall sein kann. Die Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche haben zudem Informations- und Kostenvorteile. Die betroffene Privaten verfügen in der Regel bereits über wesentliche Kenntnisse über die vermeintlich wettbewerbswidrige Handlung. Wird die wettbewerbswidrige Handlung frühzeitig aufgedeckt, sind die relevanten Beweismittel im Vergleich zur Situation einer bereits beendeten Zuwiderhandlung weniger schwierig zu beschaffen, so dass der Zeit- und Kostenaufwand für die Sachverhaltsermittlung verringert wird.

Die Beseitigungs- und Unterlassungsklagen können jedoch die Schadensersatzklagen nicht ersetzen. Vor allem helfen sie kaum gegen Hardcore-Kartelle, die oft vor den Betroffenen verheimlicht werden. Die durch das

478 Vgl. *Koch*, JZ 1999, 922, 929.
479 So auch Peyer Report (2014), S. 23.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wettbewerbswidrige Kartell Geschädigten können ihren Verlust nicht durch den Beseitigungsanspruch ausgleichen, weil sie den entgangenen Gewinn und die Zinsen ab dem Schadenseintritt nicht verlangen können. Hinzu kommt, dass im Missbrauchsfall die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung und einer verbotenen missbräuchlichen Verhaltensweise eine der wesentlichen Beweisschwierigkeiten darstellt. Dies bleibt immer noch ein großes Hindernis für die Geltendmachung von Abwehransprüchen. Darüber hinaus bestehen Bedenken hinsichtlich möglicher Eingriffe in die Vertragsfreiheit durch das Kartellrecht. Der Beseitigungs- bzw. Unterlassungsanspruch kann im Einzelfall etwa zu einem Kontrahierungszwang führen. Schließlich könnten die Abwehransprüche mit größerer Wahrscheinlichkeit als die anderen Rechtsinstitute der privaten Rechtsdurchsetzung in bestimmten Konstellationen zu strategischen Zwecken missbraucht werden, etwa wenn die Parteien den Lieferungsvertrag nicht wie gewünscht abschließen können.[480]

480 Vgl. Peyer Report (2014), S. 23.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY - https://www.nomos-elibrary.de/agb

§ 5 Schadensersatzanspruch

Die Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen stehen im Mittelpunkt der gegenwärtigen Diskussion über die Verstärkung der privaten Durchsetzung des Wettbewerbsrechts. Dieser Abschnitt beschäftigt sich mit den wichtigsten Fragen bei der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen, nämlich wer anspruchsberechtigt ist, in welchem Umfang der erlittene Schaden kompensiert wird und wie der Schaden ermittelt werden kann. Im Rahmen der Ausführungen zur Anspruchsberechtigung wird insbesondere auf das Spannungsverhältnis zwischen der Aktivlegitimation für mittelbare Abnehmer und dem Einwand der Schadensabwälzung eingegangen. Darüber hinaus werden verschiedene Methoden der Schätzung des entstandenen Schadens erläutert, wobei die europäischen und deutschen Rechtsinstitute und die hierzu entwickelte Rechtsprechung als Basis dienen. Zum Thema Schadensumfang und -ermittlung wird insbesondere die umstrittene Frage bezüglich des Mehrfachschadensersatzes im Lichte des Konzeptes der dualen Zielsetzung erörtert. Da sich nur ganz wenige Entscheidungen in China eingehend mit der Schadensermittlung befassen, dienen die europäischen und deutschen Ansätze hier als Orientierungshilfe für die chinesische Rechtsentwicklung.

A. Stand der Schadensersatzklagen in Deutschland und China

Eine Einführung in die rechtlichen Grundlagen für Schadensersatzklagen und ein Überblick über die Praxis wurden bereits im Kapitel § 1 gegeben. Sie werden deshalb hier nicht wiederholt. Im Folgenden werden nur einige wichtige Ergänzungen zu der Rechtspraxis in Deutschland und China erörtert.

I. Deutschland

Das Bundeskartellamt verkündet seit dem Berichtszeitraum 2005/2006 die Zahl der Kartellzivilverfahren in seinem zweijährigen Tätigkeitsbericht und seit dem Jahr 2013 jährlich in seinem Jahresbericht. Es fehlt leider eine

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

offizielle Statistik über die Anzahl der eingegangenen kartellrechtlichen Schadensersatzklagen vor Gericht. Den Angaben der Berichte des Bundeskartellamtes seit 2007 ist jedenfalls zu entnehmen, dass die Schadensersatzklagen nach der 7. GWB-Novelle merklich zugenommen haben und die jährliche Anzahl weiterhin ungebremst steigt.[481] Weil die Bedingungen für Schadensersatzklagen mit der Umsetzung der EU-Schadensersatzrichtlinie im Rahmen der 9. GWB-Novelle weiter verbessert wurden, rechnet das Bundeskartellamt mit einem weiteren Anstieg der Schadensersatzklagen.[482] Dabei zeichnen sich die Schadensersatzklagen in Deutschland in den vergangenen Jahren unter anderem dadurch aus, dass es merklich mehr Follow-on-Klagen zu beobachten gibt.[483] Nach den Angaben des BKartA betrafen die Follow-on-Klagen unterschiedliche Warensegmente wie Zement, Zucker, LKWs, Schienen, Spanplatten, Waschmittel, Drogerieartikel, Bildröhren, Kaffee, Matratzen oder Leistungstransformatoren.[484] Dies sind Branchen, in denen einst große Kartelle bestanden und das BKartA hohe Geldbußen gegen die Kartellunternehmen verhängte. Nach den Beobachtungen des BKartA, folgen zahlreiche Schadensersatzklagen auf fast jedes behördliche Kartellverfahren.[485] Hervorzuheben sind die Schadensersatzklagen, die sich an abgeschlossene Kartellbußgeldverfahren des BKartA gegen das LKW-Kartell anschlossen und von zahlreichen Abnehmern eingereicht wurden. Im Vergleich zu dem Zucker- oder Schienenkartell, bei denen die Kläger im Wesentlichen aus einer homogenen Branche stammen, kommen die Kläger gegen das LKW-Kartell nicht nur aus der Bau- und Logistikbranche, sondern auch aus vielen anderen sehr unterschiedlichen Wirtschaftszweigen, wie z.B. auch aus dem Lebensmitteleinzelhandel.[486] Ein großer Teil der Klagen wurde auch von kleinen Unternehmen wie Handwerksbetrieben eingereicht.[487] Die zahlreichen Follow-on-Klagen haben die weitere Entwicklung der Schadensersatzklagen in vielerlei Hinsicht beeinflusst. In den bisher abgeschlossenen Verfahren wurden die wesentlichen Fragen bei der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs im Hinblick auf die Bindungswirkung von Bußgeldentscheidungen, die Be-

481 S. oben § 1 A.III.2.
482 BKartA, Jahresbericht 2017, S. 39.
483 S. oben § 1 A.III.2.
484 BKartA, Jahresbericht 2017, S. 38.
485 BKartA, Jahresbericht 2018, S. 15.
486 BKartA, Tätigkeitsbericht 2017/2018, S. 38.
487 BKartA, Tätigkeitsbericht 2017/2018, S. 38.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

weislast für die Kartellbetroffenheit und die Schadensermittlung von den Gerichten behandelt und geklärt.

II. China

Wie bereits im Kapitel § 1 festgestellt, ist die private Kartellrechtsdurchsetzung in China im Vergleich zu der in Deutschland völlig unterentwickelt. Dies spiegelt sich insbesondere bei der Geltendmachung der Schadensersatzansprüche wegen Zuwiderhandlungen gegen das AMG wider. In den bisher abgeschlossenen kartellrechtlichen Zivilverfahren stellen die Schadensersatzklagen den größten Anteil dar.[488] Lediglich in vier Fällen wurde den Geschädigten ganz oder teilweise Schadensersatz zugesprochen. Zwei dieser Schadensersatzklagen richteten sich gegen missbräuchliches Verhalten marktbeherrschender Unternehmen und zwei gegen wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen. Auf diese wird im Folgenden unter dem Gesichtspunkt des Schadensumfangs näher eingegangen.

B. Aktivlegitimation

Rein theoretisch ist jeder, der aufgrund eines Kartellrechtsverstoßes einen Schaden erlitten hat, berechtigt eine Schadensersatzklage zu erheben. Wie im Kapitel § 2 erläutert, kann ein Kartell sowohl betriebswirtschaftliche als auch volkswirtschaftliche Schäden verursachen. Einerseits können die betriebswirtschaftlichen Schäden weit verbreitet sein. Durch den Preiseffekt von Kartellen werden die Marktteilnehmer auf dem gleichen Produktmarkt, die unmittelbaren Abnehmer und Lieferanten auf den vor- und nachgelagerten Märkten und letztendlich die Endverbraucher beeinträchtigt. Schließlich wird durch den Umbrella-Effekt auch der Kreis der Opfer ausgeweitet. Andererseits stimmen die volks- und betriebswirtschaftlichen Schäden nicht miteinander überein. Die volkswirtschaftlichen Schäden können nicht unmittelbar durch Kompensation des einzelnen privaten Schadens ausgeglichen werden. Es bedarf daher zunächst einer Klarstellung der Ausgangsfrage der Geltendmachung der Schadensersatzansprüche, nämlich der des Kreises der Anspruchsberechtigten. Dabei wird insbeson-

488 Zu der Statistik und den Merkmalen der Schadensersatzklagen siehe oben § 1 A.IV.2.b.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dere auf die Problematik des Verhältnisses zwischen der Klagebefugnis der mittelbaren Abnehmer und dem Einwand der Schadensabwälzung unter Berücksichtigung des Ausgleichs- und Abschreckungsgedanken eingegangen.

I. Kreis der Anspruchsberechtigten nach Vorgaben des deutschen Rechts unter Einfluss des europäischen Rechts

Mit der 7. GWB-Novelle wurde das Schutzgesetzerfordernis, das eines der großen rechtlichen Hindernisse der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen darstellte, abgeschafft. Hierdurch wurde der Ausdruck der „Betroffenheit" in § 33 der 7. GWB-Novelle bereits an den des „Jedermann" des *Courage* EuGH-Urteils angepasst. Die Aktivlegitimation mittelbarer Abnehmer bezüglich der Schadensersatzansprüche und die Zulassung der *passing-on defense* werden in der höchstrichterlichen Rechtsprechung seit dem BGH-Urteil *ORWI*[489] anerkannt. Grundsätzlich steht jedem, der durch einen Kartellrechtsverstoß einen Schaden erlitten hat, das Recht auf vollständigen Schadensersatz zu.[490] Anspruchsbegründende Voraussetzung der Betroffenheit im Sinne des § 33 Abs. 1 S. 3 GWB ist das Vorliegen einer Beeinträchtigung durch den Wettbewerbsrechtsverstoß.

Ausführlich lässt sich die Betroffenheit für die einzelnen, in Betracht kommenden Kartellrechtsverstöße getrennt für die folgenden Kategorien erörtern.

1. Betroffene des Kartellverstoßes nach § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV

a. Mitbewerber

Mitbewerber werden im Gesetz ausdrücklich genannt und sind unbestritten anspruchsberechtigt. Mitbewerber sind Unternehmen, die mit den sich kartellrechtswidrig verhaltenden Unternehmen auf einem „räumlich und sachlich relevanten Markt tatsächlich im Wettbewerb" stehen.[491] Dazu ge-

489 BGH v. 28. 6. 2011, NJW 2012, 928–935 – *ORWI*.

490 Ein Gleichlauf des Kreises der Anspruchsberechtigten für Beseitigungs-, Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche besteht seit der 7. GWB-Novelle. Vgl. oben S. 140.

491 *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, 5. Aufl., § 33 GWB Rn. 13 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

hören auch die nicht an dem Kartellverstoß beteiligten (potentiellen) Wettbewerber, wenn die Kartellanten ihnen den Marktzutritt verweigert haben oder das Kartell diesen erschwert hat.[492] Im Fall vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen wird auch die Anspruchsberechtigung von Wettbewerbern der bindenden oder der gebundenen Partei einer vertikalen Vereinbarung anerkannt.[493]

b. Unmittelbare Abnehmer/Lieferanten

Selbstverständlich gehören die unmittelbaren Abnehmer zum Kreis der anspruchsberechtigten Marktbeteiligten. Sie sind Marktteilnehmer „der unmittelbaren Marktgegenseite".[494] Nach der Abschaffung des Schutzgesetzerfordernisses durch die 7. GWB-Novelle ist grundsätzlich jeder unmittelbare Abnehmer auf der Marktgegenseite im Fall eines horizontalen Kartells anspruchsberechtigt, unabhängig davon, ob sich die vermeintliche Kartellabsprache gezielt gegen ihn richtet. Im Fall eines Nachfragekartells sind auch die Lieferanten der Kartellteilnehmer anspruchsberechtigt.

Die gebundene Vertragspartei einer wettbewerbswidrigen vertikalen Vereinbarung ist zur Geltendmachung von Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen sowie Schadensersatzansprüchen aktivlegitimiert. Da die gebundene Vertragspartei als Anspruchssteller selbst den Vertrag geschlossen hat, muss das Gericht bei der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs zusätzlich prüfen, ob sie der anderen Partei (die bindende Vertragspartei) eindeutig unterlegen war, sodass sie aufgrund ihrer schwachen Verhandlungsposition die kartellrechtswidrige Klausel nicht freiwillig aushandeln konnte und nicht in der Lage war, durch den rechtzeitigen Einsatz aller ihr zur Verfügung stehenden Rechtsschutzmöglichkeiten den Schadenseintritt zu verhindern oder den Schadensumfang zu begrenzen.[495]

492 Dies war bereits unter Geltung des Schutzgesetzprinzips anerkannt, siehe BGH v. 4.4.1975, NJW 1975,1223, 1225 – *Zusatzversicherung*; BGH v. 25.1.1983, NJW 1984, 2819, 2822 – *Familienzeitschrift*.

493 Vgl. BGH v. 2.2.1999, NJW 1999, 2671, 2672 – *Preisbindung durch Franchisegeber*; BGH v. 7.7.1992, NJW 1993, 789, 791 – *Selbstzahler*; *Roth*, in: FK, § 33 GWB Rn. 65; *Rehbinder*, in: LMRKM, 3. Aufl., § 33 GWB Rn. 25.

494 *Ulshöfer*, in: Kartellverfahren und Kartellprozess, § 25 Aktivlegitimation im Kartellzivillprozess Rn. 19. Dies gilt auch für die Verbandsklage, wenn eine erhebliche Anzahl von Unternehmen der Marktgegenseite Mitglied ist. Siehe oben S. 141.

495 EuGH v. 20.9.2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 32f. – *Courage*.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

c. Mittelbare Abnehmer/Lieferanten

Ob mittelbare Abnehmer und Lieferanten anspruchsberechtigt sein sollten, war für eine lange Zeit eine der meisterörterten Fragen im Rahmen kartellrechtlicher Schadensersatzklagen. Vor der 7. GWB-Novelle wurde die Anspruchsberechtigung der mittelbaren Abnehmer unter Geltung des Schutzgesetzerfordernisses generell abgelehnt. Diese Frage war unter anderem deshalb besonders umstritten, weil sie im Konflikt mit der Frage der Schadensersatzforderung der unmittelbaren Abnehmer und anschließend mit dem Einwand der Schadensabwälzung des Kartellanten steht. Diesbezügliches wird ausführlich in dem folgenden Abschnitt III erläutert. Der BGH hat mit seinem Urteil in Sachen *ORWI* die kontroverse Diskussion beendet und die Aktivlegitimation der mittelbaren Abnehmer zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aufgrund eines Verstoßes gegen Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB bejaht.[496] Dies wurde ebenfalls in der 9. GWB-Novelle mit § 33c im Zuge der Umsetzung der Art. 12 und 13 RL 2014/104/EU verankert.

Wie bei einer horizontalen Absprache ist die Aktivlegitimation der mittelbaren Abnehmer der unmittelbar an eine vertikale Absprache gebundenen Vertragspartei auch dann zu bejahen, wenn die gebundene Vertragspartei in ihrem Verhalten auf dem nachgelagerten Markt gebunden wird.[497] Die kartellbedingten Nachteile werden an die mittelbaren Abnehmer weitergegeben.

d. Kunden von Wettbewerbern des Kartellteilnehmers

Im Rahmen der Anspruchsberechtigung der mittbaren Abnehmer ist ferner zu überlegen, ob diese auf die Personen, denen ein Schaden durch einen Kartellaußenseiter zugefügt wurde, ausgeweitet werden kann. Der EuGH hat in seinem Urteil *Kone* hinsichtlich sogenannter „Preisschirmeffekte" klargestellt, dass auch den Kunden von Kartellaußenseitern das Recht auf Schadensersatz gegenüber Kartellanten zustehen kann. Infolge der ständigen Rechtsprechung, dass jedermann den Ersatz des ihm entstandenen Schadens verlangen kann, wenn ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Schaden und einem verbotenen Kartell besteht, verbietet sich ein

496 BGH v. 28.6.2011, NJW 2012, 928–935 – *ORWI*.
497 *Rehbinder*, in: LMRKM, 3. Aufl., § 33 GWB Rn. 26 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

kategorischer Anspruchsausschluss.[498] Der Kunde ist, unabhängig davon, ob er unmittelbare vertragliche Beziehungen zu einem Kartellmitglieder unterhält oder nicht, befugt, den Schadensersatzanspruch geltend zu machen, solange zwischen dem erlittenen Schaden und der Zuwiderhandlung ein ursächlicher Zusammenhang besteht.[499]

e. Zwischenfazit

Nach der obigen Darstellung ist der Kreis der Anspruchsberechtigten weit gefasst. Das gegen das Kartellverbot verstoßende Unternehmen kann Schadensersatzklagen von Geschädigten aus unterschiedlichen Marktstufen wegen desselben Kartellrechtsverstoßes ausgesetzt sein. Um die Klagen von mehreren Abnehmern bzw. Lieferanten in einer Lieferkette zu koordinieren und eine Mehrfachhaftung oder Nichthaftung des Schädigers zu vermeiden, verpflichtet die EU-Schadensersatzrichtlinie die Mitgliedstaaten, zu gewährleisten, dass die nationalen Gerichte mit den ihnen nach dem Unionsrecht oder nationalen Recht zur Verfügung stehenden Mitteln, die Schadensersatzklagen von Klägern auf anderen Vertriebsstufen sowie die ergangenen Urteile und die öffentlich zugänglichen Informationen aus der behördlichen Durchsetzung gebührend berücksichtigen können (Art. 15 RL 2014/104/EU).

2. Betroffene von missbräuchlichem Verhalten nach § 19 GWB bzw. Art. 102 AEUV

Angesichts der unterschiedlichen Schutzrichtungen der verbotenen missbräuchlichen Verhaltensweisen unter § 19 GWB ist der Kreis der geschützten Marktbeteiligten bei den einzelnen Fallgruppen unterschiedlich abgesteckt. Wer einen Schadensersatzanspruch geltend machen kann, ergibt sich im Wesentlichen aus dem Gesetzestext des jeweiligen Regelbeispiels des § 19 Abs. 2 GWB selbst.[500] Der Wegfall des Schutzgesetzerfordernisses hat diesbezüglich keine beträchtliche Änderung gebracht. Eine Begrenzung der Anspruchsberechtigung folgt daraus, dass nicht bei allen Marktbetei-

498 EuGH v. 5.6.2014, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317, Rn. 33 – *Kone*.
499 EuGH v. 5.6.2014, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317, Rn. 34 – *Kone*; EuGH v. 13.7.2006, verb. Rs. C-295/04 bis C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461, Rn. 61– *Manfredi*.
500 *Bornkamm*, in: Langen/Bunte, 12. Aufl., § 33 GWB Rn. 69.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ligten der Zurechnungs- oder Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen Verstoß und Beeinträchtigung besteht.[501]

So sind beispielsweise beim Behinderungsmissbrauch nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 GWB diejenigen Mitbewerber auf dem beherrschten Markt und Marktteilnehmer auf der Marktgegenseite sowie auf dem Drittmarkt[502] anspruchsberechtigt, deren Wettbewerbsmöglichkeiten unbillig beeinträchtigt werden.[503] Bei einem Ausbeutungs- und Strukturmissbrauch nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 und 3 GWB gehört die den ungünstigen Entgelten oder Geschäftsbedingungen unterworfene Marktgegenseite zu den Betroffenen.[504] Für ein missbräuchliches Verhalten in Form eines Behinderungs- oder Ausbeutungsmissbrauchs, das eine ähnliche Wirkung wie ein Preis- oder Konditionenkartell hat, können auch mittelbare Abnehmer auf nachgelagerten Absatzstufen einer Lieferkette zum Kreis der Betroffenen gehören, weil die Möglichkeit besteht, dass der missbräuchlich überhöhte Preis schlussendlich an sie weitergegeben wurde.[505] Die zur Begründung der Anspruchsberechtigung der mittbaren Abnehmer in dem BGH-Urteil *ORWI* angeführten Gesichtspunkte können hier gleichfalls angewandt werden.[506]

II. Kreis der Anspruchsberechtigten nach dem chinesischen Recht

Das AMG enthält keine Vorschriften, die sich direkt auf die Aktivlegitimation für Schadensersatzklagen beziehen. Der in § 60 Abs. 1 AMG verwendete Ausdruck „andere Personen" wird durch § 1 der OVG-AMG-Bestimmungen gewissermaßen konkretisiert. Die Anspruchsberechtigten sind danach natürliche oder juristische Personen sowie andere Organisationen. Ausgehend von § 1 der OVG-AMG-Bestimmungen setzt die Betroffenheit voraus, dass die Personen aufgrund der monopolisierenden Verhaltensweisen einen

501 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, § 33 GWB Rn. 43; *Ulshöfer*, in: Kartellverfahren und Kartellprozess, § 25 Aktivlegitimation im Kartellzivilprozess Rn. 54.

502 Dies ist insbesondere der Fall, wenn das marktbeherrschende Unternehmen seine beherrschende Stellung durch Kopplung von Produkten ausnutzt, um seine beherrschende Stellung auf einen nicht beherrschten Drittmarkt auszudehnen. Beispielsweise vgl. BGH v. 4.11.2003, BGHZ 156, 379–394 – *Strom und Telefon I*.

503 *Bornkamm*, in: Langen/Bunte, 12. Aufl., § 33 GWB Rn. 69, 71; *Rehbinder*, in: LMRKM, 3. Aufl., § 33 GWB Rn. 28.

504 *Bornkamm*, in: Langen/Bunte, 12. Aufl., § 33 GWB Rn. 69.

505 *Rehbinder*, in: LMRKM, 3. Aufl., § 33 GWB Rn. 28; *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, § 33 GWB Rn. 44.

506 *Rehbinder*, in: LMRKM, 3. Aufl., § 33 GWB Rn. 28; *Ulshöfer*, in: Kartellverfahren und Kartellprozess, § 25 Aktivlegitimation im Kartellzivilprozess Rn. 66.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Schaden erlitten haben und/oder die Vertragsinhalte respektive Vereinssatzungen gegen das AMG verstoßen.

Nach § 2 der OVG-AMG-Bestimmungen kann der Kläger entweder nach einem Beschluss der Antimonopolbehörden oder unmittelbar eine Zivilklage vor Gericht erheben. Darüber hinaus muss die Klageerhebung die entsprechenden allgemeinen Voraussetzungen nach § 122 ChinZPG erfüllen. Insbesondere fordert § 122 Nr. 1 ChinZPG, dass das Interesse des Klägers durch den Fall direkt berührt wird. Das Kriterium des „direkten Interesses" bedarf der Konkretisierung durch das Volksgericht für die einzelnen Kartellzivilfälle. Aus der derzeitigen Praxis ist ersichtlich, dass die Anforderungen des Volksgerichts an die Klagebefugnis nicht streng sind. Als klagebefugt werden danach natürliche sowie juristische Personen oder Organisationen anerkannt, die auf demselben sachlich und räumlich relevanten Markt wie der Beklagte (Mitbewerber) oder im unmittelbaren Vertikalverhältnis zum Beklagten auf der Marktgegenseite (Abnehmer oder Lieferant) tätig sind. Endverbraucher sind grundsätzlich klagebefugt, wenn sie unmittelbare oder mittelbare[507] Kunden der Produkte der Unternehmen sind, die eine Zuwiderhandlung gegen das AMG begangen haben sollen. Die Klagebefugnis von Verbrauchern wurde seit der ersten Entscheidung mehrfach bejaht.[508]

Der Kreis der Aktivlegitimation für kartellrechtliche Schadensersatzklagen ist nach dem Zivilprozessrecht weit auszulegen und eine Einschränkung ist in der bisherigen Gerichtspraxis nicht zu beobachten. Die Frage, ob die Berechtigung zur Geltendmachung des kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs auf unmittelbare Abnehmer beschränkt werden sollte, wird aber in der Literatur seit jeher diskutiert. Bis zur Verabschiedung der OVG-AMG-Bestimmungen war die Meinung weit verbreitet, dass die Anspruchsberechtigung nicht zu weit ausgedehnt werden sollte. Der Grund dafür war, dass sich die private Rechtsdurchsetzung des AMG noch in der frühen Aufbauphase steckte und die Volksgerichte insofern noch nicht über eine fun-

507 Beijing Oberes Volksgericht v. 22.8.2016, Az. (2016) Jing Min Zhong Nr. 214 – *TIAN Junwei vs. Beijing Carrefour Shuangjing Store and Abbott Shanghai* (letzte Instanz). TIAN kaufte Säuglingsmilchpulver, hergestellt von Abbott, beim Supermarkt Carrefour. Abbott wurde von der NDRC wegen vertikaler Preisabsprachen mit einer Geldbuße belegt.

508 Vgl. oben S. 65.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dierte Prozesserfahrung verfügten.[509] Deshalb wurden „Unternehmer" und „Verbraucher" zwar im Entwurf der OVG-AMG-Bestimmungen ausdrücklich als Anspruchsberechtigte genannt, in der Endfassung aber wieder gelöscht, so dass den Volksgerichten ein gewisser Auslegungsspielraum blieb. In der gegenwärtigen Diskussion sind gegensätzliche Auffassungen zu sehen. Zum Teil werden Bedenken gegen die Zuerkennung einer Anspruchsberechtigung mittelbarer Abnehmer geäußert. Diese Ansicht stützt sich vor allem auf die US-amerikanischen Ansätze, die sich auf die Urteile in Sachen *Hanover Shoe* und *Illinois Brick* beziehen. Um die Motivation der unmittelbaren Abnehmer aufrechtzuerhalten und eine wirksame Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen durch den unmittelbaren Abnehmer sicherzustellen, sei der Kreis der Anspruchsberechtigten einzuschränken und zugleich die *passing-on defense* für den Beklagten auszuschließen.[510] Dem wird entgegengehalten, dass ein genereller Ausschluss der Anspruchsberechtigung mittelbarer Abnehmer sowohl zu einer Unterkompensation für die Geschädigten als auch zu einer unwirksamen privaten Rechtsdurchsetzung führen kann, weil das chinesische Antimonopolrecht keinen Strafschadensersatz und keine *class action* wie das US-amerikanische Antitrustrecht kennt.[511] Nach der hier vertretenen Auffassung ist ein Ausschluss der Anspruchsberechtigung und Klagebefugnis für mittelbare Abnehmer nicht geboten. Insbesondere in Anbetracht der Tatsache, dass den Geschädigten in China ein ausreichender Anreiz für Schadensersatzklagen fehlt und die Schadensersatzklage sehr unterentwickelt ist, besteht insoweit noch kein Anlass zur Sorge, dass ein weit gefasster Kreis der Anspruchsberechtigten zu einem Missbrauch der Schadensersatzklage führen würde.[512]

Eine besondere Klagebefugnis für Verbände zur Erhebung der Unterlassungsklage wie in GWB und UWG, sehen weder das AMG noch die OVG-AMG-Bestimmungen vor. Das chinesische Verbraucherschutzgesetz räumt den Verbraucherverbänden eine Klagebefugnis ein, wenn die Rechte und Interessen von einer Vielzahl von Verbrauchern durch eine rechtswid-

509 Vgl. *He, Zhonglin/Zhu, Li*, Untersuchung zu den grundlegenden Problemen bei Kartellzivilklagen – Zusammenfassung des Symposiums über kartellrechtliche Zivilklagen, People's Court Daily v. 6.8.2009.

510 Vgl. *Zheng, Pengcheng*, FXJ 3 (2010), 98, 102.

511 Vgl. *Wang, Jian*, FSYJ 3 (2010), 23, 30f; *Jiang, Yanbo/Yu, Ling*, JXSHKX 4 (2011), 161, 162; *Dai, Bin/Lan Lei*, S. 206.

512 Vgl. auch *Dai, Bin/Lan Lei*, S. 206.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rige Handlung verletzt werden.[513] Trotz dieser grundsätzlichen Möglichkeit erstreckt sich die Verbandsklage durch Verbraucherverbände in der bisherigen Rechtspraxis nicht auf die Zuwiderhandlungen gegen das Antimonopolrecht.

III. Überlegungen zur Anspruchsberechtigung der mittelbaren Abnehmer

1. Problematik im Rahmen des Präventions- und Ausgleichsgedankens

Ein unmittelbarer Abnehmer des Kartellanten kann den kartellbedingten Preisaufschlag an seine Abnehmer, mithin an die nächste Vertriebsstufe und schließlich möglicherweise an die Verbraucher weitergeben. Hier ist die Schadensabwälzung zunächst im Rahmen der Anspruchsberechtigung der mittelbaren Abnehmer von Kartellanten hinsichtlich der Frage von besonderem Interesse, ob diese den Ersatz des kausal auf den Kartellverstoß zurückgehenden Schadens von den Kartellanten verlangen können. Die Abwälzung des Preisaufschlags durch die unmittelbaren Abnehmer kann je nach dessen Umfang und der rechtlichen Wertung dazu führen, dass sich der entstandene Vermögensschaden verringert oder dem unmittelbaren Abnehmer sogar überhaupt kein Vermögensschaden entsteht. Das verklagte Kartellunternehmen kann deshalb die Schadensabwälzung als Einwand gegen Schadensersatzforderungen der unmittelbaren Abnehmer geltend machen. Das Problem der Anspruchsberechtigung mittelbarer Abnehmer kann deshalb nicht isoliert von der Behandlung der *passing-on defense* betrachtet werden. Das Spannungsverhältnis zwischen den beiden lässt sich unter den unterschiedlichen Zielsetzungen des kartellrechtlichen Schadensersatzes – nämlich Kompensation oder Abschreckung – diskutieren, woraus sich kontroverse Lösungen ergeben.

Der Konflikt zwischen der Klagebefugnis mittelbarer Abnehmer und der Zulassung der *passing-on defense* wurde erstmals in der Entscheidungspraxis in den USA behandelt. In dem Urteil *Hanover Shoe* hat der Supreme Court der USA dem unmittelbaren Abnehmer die vollständige Entschä-

513 § 47 Verbraucherschutzgesetz der VR China: " Wenn eine Handlung die legalen Rechte und Interessen einer Vielzahl von Verbrauchern verletzt, können der Chinesische Verbraucherverband sowie in den Provinzen, den autonomen Gebiete und in den regierungsunmittelbaren Städten errichtete Verbraucherverbände vor den Volksgerichten Klage erheben." Übersetzung von *Gresbrand/Martinek/Odom/Rotermund/Will*, ZChinR 2014, 69, 81.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

digung zugesprochen, unabhängig davon, ob dieser den kartellbedingten Preisaufschlag ganz oder teilweise weitergegeben hat.[514] Nachfolgend hat der Supreme Court im Urteil *Illinois Brick* die Klagebefugnis des mittelbaren Abnehmers verneint, ungeachtet dessen, in welcher Höhe der kartellbedingte Preisaufschlag auf ihn abgewälzt wurde. Damit wird eine sogenannte *indirect purchaser rule* dahingehend gesetzt, dass die Klagebefugnis der mittelbaren Abnehmer und die *passing-on defense* seitens der Kartellunternehmen allgemein im US-Bundesrecht nicht zugelassen sind.[515] Dabei hat der Supreme Court die folgenden Aspekte in Erwägung gezogen: Zunächst würde die Ermittlung und Aufteilung des durch das Kartell herbeigeführten Schadens in der Vertriebskette die Gesamtkosten der Geltendmachung der Schadensersatzansprüche erhöhen, indem äußerst komplexe Sachverhalte in das Verfahren eingebracht würden.[516] Der kartellbedingte Schaden würde auf eine viel größere Zahl der Geschädigten gestreut werden, sodass die Aufteilung des Schadensersatzes die Vorteile für jeden einzelnen Geschädigten verringern würde. Dies würden zugleich die Anreize zur Klageerhebung sowohl von unmittelbaren als auch mittelbaren Abnehmern (einschließlich der Verbraucher) verringern. Die mittelbaren Abnehmer bis hin zum Endverbraucher hätten schon von Haus aus einen kleineren Anreiz zur Klageerhebung als die unmittelbaren Abnehmer, weil sie nur Streuschäden erlitten haben. Anstatt einer Spaltung der Schadensforderungen von Abnehmern aus mehreren Absatzstufen würde eine Entschädigung allein des unmittelbaren Abnehmers mittels des Dreifachschadensersatzes zu einer effizienteren Abschreckung führen.[517] Außerdem wollte der Supreme Court die Gefahr einer mehrfachen Inanspruchnahme für denselben Schaden vermeiden.[518] Trotz dieses Ansatzes des Supreme Courts können mittelbare Abnehmer vor vielen staatlichen Gerichten als Kläger für Schadensersatz zugelassen werden.[519] Die Lösung des Supreme Courts orientiert

514 *Hanover Shoe v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481, 484–494 (U.S. 1968).
515 *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720, 729–736 (U.S. 1977).
516 *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481, 492 f., (U.S. 1968); *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720, 732 (U.S. 1977).
517 *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720, 737–747 (U.S. 1977); *Hovenkamp, Herbert J*, Whatever Did Happen to the Antitrust Movement?, 94 Notre Dame Law Rev. 583 (2019), 617.
518 *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720, 730 (U.S. 1977).
519 Dies wird nicht verboten durch US-Bundesgesetz. *California v. ARC Corp*, 490 U.S. 93 (U.S. 1989).

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sich somit stark an den Gedanken der Abschreckung und Effizienz des Durchsetzungssystems.[520]

Im Vergleich zum Präventivgedanken im US-Antitrustrecht betrachten die Gerichte in Deutschland die Problematik der Schadensabwälzung im Rahmen des Ausgleichsprinzips. Die kartellrechtlichen Schadensersatzklagen dienen dem individuellen Rechtsschutz und dem Ausgleich des tatsächlich eingetretenen Schadens.[521] Die EU-Rechtsprechung und EU-Schadensersatzrichtlinie gewährleisten für jeden das Recht auf den vollständigen Ersatz des durch eine Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht verursachten Schadens. Die mittelbaren Abnehmer (bzw. Verbraucher) sind diejenigen, die den kartellbedingten Preisaufschlag letztendlich getragen haben. Sie müssen in die Lage versetzt werden, den Schaden von den Kartellanten ersetzt zu verlangen. Wird der Schadensersatzanspruch des mittelbaren Abnehmers nicht anerkannt und gleichzeitig der Einwand der Schadensabwälzung ausgeschlossen, würde dies zu einer Bereicherung der unmittelbaren Abnehmer führen. Zugleich würden die wirtschaftlichen Interessen der mittelbaren Abnehmer bzw. Verbraucher vernachlässigt werden.[522] Demzufolge ist die amerikanische Lösung nach dem Ausgleichsprinzip nicht gerechtfertigt. Ausgehend von diesem und dem Ziel der Vollkompensation gehört der mittelbare Abnehmer nun zweifellos zum Kreis der Anspruchsberechtigten. Die verbleibenden Probleme sind dann im Rahmen der Behandlung der *passing-on defense* und Feststellung der Schadensabwälzung zu lösen, um eine Vollentschädigung, aber keine Überkompensation (Mehrfachhaftung für Schädiger), zu erzielen.

Auf der anderen Seite könnte auch unter dem Ausgleichsgedanken der Ausschluss des Anspruchs mittelbarer Abnehmer nötig sein. Da hierdurch eine mehrfache Inanspruchnahme wegen derselben Wettbewerbswidrigkeit vermieden und somit einer möglichen Bestrafung des Schädigers vorgebeugt werden könnte.[523] Da die mehrfache Inanspruchnahme auf andere Weise, vor allem durch die Grundsätze des Vorteilsausgleichs, vermieden werden kann, tragen die Bedenken jedoch nicht. Für diesen Weg entschied sich letztlich auch der BGH in der Rechtssache *ORWI*.

520 Dies wird im amerikanischen Schrifttum häufig kritisiert. Vgl. *Baker*, 16 Loyola Consum. Law Rev. 379 (2004), 393.
521 S. oben § 2 B.I.2.
522 Vgl. *Rehbinder*, in: LMRKM, 3. Aufl., § 33 GWB Rn. 15.
523 *J. Koch*, WuW 2005, 1210, 1214.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. BGH-ORWI Überlegungen

Obwohl sich die Rechtslage inzwischen durch Umsetzung der EU-Schadensersatzrichtlinie geändert hat, sind die Überlegungen der ORWI-Entscheidung zur Lösung der Problematik der Schadensabwälzung von Bedeutung und werden daher hier dargestellt. Zur Lösung der Problematik der Schadensabwälzung orientiert sich der BGH an den allgemeinen Grundsätzen des Schadensersatzrechts.[524] Ob der Schadensersatzanspruch des Erstabnehmers (unmittelbarer Abnehmer) dadurch ausgeschlossen oder gemindert wird, dass dieser den kartellbedingten Vermögensnachteil an seine Kunden weitergegeben hat, ist nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung zu beurteilen.[525] Die Grundsätze der Vorteilsausgleichung beruhen darauf, dass „dem Geschädigten unter bestimmten Voraussetzungen diejenigen Vorteile zuzurechnen sind, die ihm in einem adäquaten Zusammenhang mit dem Schadensfall zufließen".[526] Ausgehend davon setzt die Vorteilsausgleichung in kartellrechtlichen Schadensersatzklagen voraus, dass die Preiserhöhung, die der Geschädigte (Erstabnehmer) an seinen Kunden weitergeben kann, „in adäquatem Kausalzusammenhang mit dem kartellbedingten Preisaufschlag steht".[527]

Die Vorteilsanrechnung läuft dem Kompensationszweck des kartelldeliktsrechtlichen Schadensersatzanspruchs grundsätzlich nicht zuwider.[528] Einerseits vermeidet die Vorteilsanrechnung sowohl die Bereicherung des Geschädigten als auch die mehrfache Inanspruchnahme des Schädigers wegen desselben Schadens. Andererseits bewirkt sie keinen Wegfall des Schadensersatzanspruchs der unmittelbaren Abnehmer, sondern eine teilweise Verlagerung des Schadensersatzanspruchs auf die Marktbeteiligten der nächsten Vertriebsstufe.[529]

Das beklagte Kartellunternehmen muss für eine erfolgreiche Geltendmachung der *passing-on defense* plausibel vortragen, dass eine Weitergabe der kartellbedingten Preiserhöhung aufgrund der allgemeinen Marktverhältnisse auf dem relevanten Absatzmarkt, insbesondere der Nachfrageelastizität,

524 *Lübbig/Mallmann*, WRP 2012, 166, 169.
525 BGH v. 28.6.2011, NJW 2012, 928 Rn. 57 – *ORWI*; *Lübbig/Mallmann*, WRP 2012, 166, 169.
526 BGH v. 28.6.2011, NJW 2012, 928 Rn. 58 – *ORWI*; *Oetker*, in: MüKo BGB, § 249 Rn. 233.
527 BGH v. 28.6.2011, NJW 2012, 928 Rn. 58f. – *ORWI* und die dort angeführte Literatur.
528 BGH v. 28.6.2011, NJW 2012, 928 Rn. 61ff. – *ORWI*.
529 BGH v. 28.6.2011, NJW 2012, 928 Rn. 62 – *ORWI*.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Preisentwicklung und der Produkteigenschaften zumindest ernsthaft in Betracht kommt. Zudem muss es darlegen und gegebenenfalls nachweisen, dass die Weiterwälzung durch keine damit einhergehenden Nachteile des (Erst)Abnehmers konterkariert wurde, insbesondere kein Nachfragerückgang erfolgte, durch den die Preiserhöhung (ganz oder teilweise) kompensiert worden ist.[530] Damit ist der Einwand der Vorteilsausgleichung nur insoweit zugelassen, als der Vorteil aus der Weiterwälzung durch den Erstabnehmer größer als der entgangene Gewinn ist. Entsprechend muss der Beklagte darlegen, dass sich die Preiserhöhungen auf der nächsten Absatzstufe nicht auf den eigenen Wertschöpfungsanteil des Weiterverkäufers beziehen.[531] Außerdem sollten nach der Auffassung des BGH die Erleichterungen bei der Darlegungslast zugunsten der beklagten Kartellunternehmen „nur zurückhaltend erwogen" werden, um die Effizienz des Kartellschadensersatzes nicht zu gefährden.[532]

3. Stellungnahme

Im Rahmen des Kompensationszwecks der Kartellschadensersatzklagen ist die Anspruchsberechtigung mittelbarer Abnehmer anzuerkennen und die *passing-on defense* nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung grundsätzlich zuzulassen. Der mittelbare Abnehmer kann für einen letztendlich auf ihn abgewälzten, kartellbedingten Preisaufschlag Entschädigung verlangen. Der unmittelbare Abnehmer kann infolge einer vollständigen oder teilweisen Weiterwälzung der Preiserhöhung auf die nächste Absatzstufe nur den entgangenen Gewinn verlangen. Dadurch wird eine vermeintliche Mehrhaftung des Schädigers ausgeschlossen.[533] Alle Geschädigten einschließlich der mittelbaren Abnehmer bis hin zu den Endverbrauchern sollen zur Geltendmachung ihrer Schadensersatzansprüche ermutigt werden, wodurch die Effektivität der privaten Durchsetzung mittels Schadensersatzklagen gefördert werden kann.[534] Zugleich können Schadensersatzklagen abschreckend wirken. Es ist weder notwendig noch verhältnismäßig, das Recht von mittelbaren Abnehmern auf Schadensersatz auszuschließen, um eine reine Abschreckungswirkung zu erzielen.

530 BGH v. 28.6.2011, NJW 2012, 928 Rn. 69 – *ORWI*.
531 BGH v. 28.6.2011, NJW 2012, 928 Rn. 69 – *ORWI*.
532 BGH v. 28.6.2011, NJW 2012, 928 Rn. 70 – *ORWI*.
533 Eine ähnliche Ansicht wird auch in den USA vertreten. Vgl. *Hovenkamp*, 94 Notre Dame Law Rev. 583 (2019), 617.
534 *Schweitzer*, NZKart 2014, 335, 337.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Nach § 33c Abs. 2 und 3 GWB (Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 RL 2014/104/EU) können die mittelbaren Abnehmer einen durch den kartellbedingten Preisaufschlag verursachten Schaden erleiden und damit nach § 33a Abs. 1 GWB anspruchsberechtigt sind. Zwar wurde die Hauptproblematik bezüglich der Anspruchsberechtigung der mittelbaren Abnehmer unter Beachtung der Schadensabwälzung im Rahmen der BGH-Rechtsprechung sowie im Zuge der EU-Schadensersatzrichtlinie (Art. 12 und Art. 14) und deren Umsetzung in der 9. GWB-Novelle schon gelöst, aber einige Fragen sind noch offengeblieben.

Wie die sich gegenüberstehenden Parteien ihren Anspruch sowie die ihnen zustehenden Einwände mit Erfolg geltend machen können, wurde nicht abschließend gelöst. Auf der einen Seite trägt der Schädiger die volle Darlegungs- und Beweislast für die *passing-on defense*. Nach den Anforderungen des *ORWI*-Urteils ist er beweispflichtig für die Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung und insbesondere dafür, dass die Weiterwälzung durch keine Nachteile des Erstabnehmers beeinträchtigt wurde. Demnach muss er den Umfang des Gewinnrückgangs des Erstabnehmers darlegen und beweisen, dass ein Gewinnrückgang dem Erstabnehmer nicht entstanden ist oder unter dem aus der Weiterwälzung des Preisaufschlages erlangten Vorteil lag.[535] Die vom BGH auferlegten Bedingungen für den Beklagten erscheinen im Vergleich zu denen der EU-Schadensersatzrichtlinie als zu streng. Art. 13 RL 2014/104/EU gibt den Mitgliedstaaten auf, zu gewährleisten, dass der Beklagte den Einwand der Schadensabwälzung gegen einen Schadensersatzanspruch geltend machen kann und in angemessener Weise Offenlegungen von dem Kläger oder dem Dritten verlangen kann. Da der entgangene Gewinn als Teil des ersatzfähigen Schadens anerkannt wird, sollte die Geltendmachung der *passing-on defense* unabhängig davon möglich sein, ob der Vorteil des unmittelbaren Abnehmers aus der Weiterwälzung durch den Gewinnausfall aus der Absatzeinbuße ausgeglichen wurde.[536] Außerdem würde die Zulassung der *passing-on defense* ins Leere gehen, weil der BGH hinsichtlich einer Erleichterung der Darlegungslast für beklagte Kartellunternehmen zurückhaltend ist.[537] Die erfolgreiche Geltendmachung der *passing-on defense* kann aber mittelbaren Abnehmern einen stärkeren Klageanreiz geben, weil der Nachweis, dass eine Abwälzung auf ihn stattgefunden hat, leichter geführt werden kann.

535 BGH v. 28.6.2011, NJW 2012, 928 Rn. 69 – *ORWI*.
536 *Ackermann/Franck*, GRUR 2012, 291, 300; *Schweitzer*, NZKart 2014, 335, 338.
537 *Ackermann/Franck*, GRUR 2012, 291, 300; *Buntscheck*, WuW 2013, 947, 953.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Auf der anderen Seite gewährt die EU-Schadensersatzrichtlinie dem Geschädigten (Erstabnehmer) das Recht, seinen entgangenen Gewinn zu verlangen, unabhängig davon, ob er Vorteile aus der Weiterwälzung erzielte. Demnach muss er darlegen und beweisen, dass die vollständige oder teilweise Abwälzung der kartellbedingten Preiserhöhung zu einer Absatzeinbuße führte und einen Gewinnausfall verursachte. Er hat nach § 252 BGB vorzutragen, welche hypothetische Produktmenge er zum Wettbewerbspreis hätte absetzen können.[538]

Ausgehend vom Kompensationszweck ist die Ausgewogenheit zwischen der Effizienz der Schadensersatzklagen und der Gewährleistung der Rechte sowohl für den Schädiger als auch den Geschädigten von hoher Bedeutung. Dies hängt einerseits von der Verteilung der Darlegungs- und Beweispflicht zwischen den Seiten, anderseits von der Ermittlung der Schadensabwälzung ab. Es bleibt abzuwarten, wie dies nach dem § 33c 9. GWB-Novelle in der künftigen Gerichtspraxis gehandhabt wird.[539]

Schließlich kann das Problem nicht vernachlässigt werden, dass die mittelbaren Abnehmer und insbesondere die Endverbraucher, die häufig nur Streuschäden erlitten haben, nach wie vor mit vielen Schwierigkeiten beim Schadensnachweis konfrontiert sind. Der Anreiz zur Klageerhebung ist aufgrund der hohen Verfahrenskosten, des Zeitaufwands und der sehr geringen Erfolgsaussichten gering. Die Gewährung der uneingeschränkten Geltendmachung des Rechts auf vollständigen Schadensersatz dient dazu, die Wirksamkeit der Kartellschadensersatzklagen zu erhöhen. Aber mangels Sammelklage oder einer ähnlichen Form der kollektiven Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs durch Verbraucher bleibt diese angestrebte Effektivität der Schadensersatzklagen weiterhin fraglich.[540]

C. Verschulden und Kausalität

Ob die zivile Haftung ein Verschulden voraussetzt, ist in § 60 Abs. 1 AMG nicht geregelt. Daher wird im Schrifttum kontrovers diskutiert, ob es sich bei der zivilen Haftung aufgrund einer Zuwiderhandlung gegen das AMG um eine verschuldensabhängige oder eine verschuldensunabhängige Haftung handelt. Es besteht jedoch eine weit verbreitete Auffassung, dass

538 Mehr dazu siehe *Franck*, WRP 2011, 843, 847.
539 Anschließend dazu siehe unten § 6 A.II.3.
540 Vgl. S. 25. Die Sammelklage ist nicht Forschungsgegenstand der vorliegenden Arbeit.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die Feststellung der Schadensersatzpflicht kein Verschulden voraussetzt.[541] In den bisher veröffentlichten Entscheidungen haben die Volksgerichte in keinem Schadensersatzverfahren ein Verschulden (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) des Schädigers vorausgesetzt, ohne dies näher zu begründen.[542] Demgegenüber setzt der kartellrechtliche Schadensersatzanspruch in Deutschland nach § 33a Abs. 1 GWB ein Verschulden voraus.[543] Dieses wird bei einem Kartellverstoß regelmäßig vorliegen.[544] Das Verschuldenserfordernis bezieht sich nur auf den Verstoß gegen deutsches oder europäisches Wettbewerbsrecht oder gegen eine Verfügung der Kartellbehörde, nicht aber auf den Schadenseintritt und -umfang.[545] Es stellt daher keine hohe Hürde für die Schadensersatzklagen in Deutschland dar. Da die abweichenden Verschuldenserfordernisse in China und Deutschland nicht zu wesentlichen Unterschieden bei der Geltendmachung der Schadensersatzansprüche führen und keinen wesentlichen Einfluss auf die Wirksamkeit der privaten Rechtsdurchsetzung haben, kann eine vergleichende Untersuchung insoweit unterbleiben.

Der Schadensersatz setzt grundsätzlich einen ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Verstoß gegen das AMG und dem Schaden voraus. Die damit zusammenhängenden Regelungen zur Äquivalenz und Zurechenbarkeit respektive Adäquanz richten sich in China nach dem allgemeinen Zivil- und Deliktsrecht. Wie die allgemeinen Regelungen auf die kartellrechtlichen Schadensersatzklagen angewendet werden und ob etwaige Sonderregelungen für die Prüfung der Kausalität erforderlich sind, ist in der einschlägigen Literatur nicht eingehend diskutiert worden. Auch die vorhandenen Entscheidungen haben sich mit der Frage des Kausalzusammenhangs entweder gar nicht oder nur ganz kurz befasst. Eine eindeutige Auffassung lässt sich daraus nicht ablesen. Es bleibt abzuwarten, ob sich künftig eine Vielzahl von Entscheidungen zu Schadensersatzklagen mit der Prüfung der Kausalität in den unterschiedlichen Sachverhalten auseinandersetzen wird. Eine vergleichende Untersuchung könnte im Au-

541 Vgl. *Zhan, Hao,* S. 133; *Dai, Bin/Lan, Lei*, S. 102f. *Xiao, Jiangping,* FSYJ 5 (2009), 88, 91.

542 Nur in *Huawei vs. IDC* bezog das Obere Volksgericht der Guangdong Provinz das Maß des Verschuldens als einen der Faktoren ein, die bei der Feststellung der Schadenshöhe zu berücksichtigen sind, gab aber keine weitere Analyse oder Erklärung ab. Für die Entscheidung siehe unten D.I.2.b.

543 Die EU-Schadensersatzrichtlinie sieht kein Verschuldenserfordernis vor.

544 *Müller-Graff*, ZHR 179 (2015), 691, 697.

545 *Roth*, in: FK, § 33a GWB Rn. 8.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

genblick nur aus der Perspektive der allgemeinen Lehren des Zivil- und Deliktsrechts erfolgen, was jedoch außerhalb des Themenkreises der vorliegenden Arbeit liegt und daher nicht weiter erörtert wird.

D. Schadensumfang und Ermittlung des Schadens

I. Schadensumfang

1. Nach Vorgaben des deutschen Rechts unter Einfluss des europäischen Rechts

Die EU-Schadensersatzrichtlinie folgt hinsichtlich des Inhalts des Schadensumfangs der Rechtsprechung des EuGH.[546] Nach Art. 3 Abs. 1 u. 2 RL 2014/104/EU kann jeder, der durch Kartellrechtsverstöße einen Schaden erlitten hat, Ersatz des eingetretenen Vermögensschadens (*damnum emergens*), des entgangenen Gewinns (*lucrum cessans*) sowie die Zahlung von Zinsen verlangen. Der vollständige Ersatz soll auf jeden Fall nicht zu einer Überkompensation führen, weder durch Strafschadensersatz noch durch Mehrfachentschädigung oder andere Schadensersatzarten (Art. 3 Abs. 3 RL 2014/104/EU).

Vermögensschäden bestehen darin, dass ein Abnehmer aufgrund der von Wettbewerbsbeschränkungen verursachten Preiseffekte einen höheren Preis als den Wettbewerbspreis zahlen muss, der sich bei funktionsfähigem Wettbewerb ohne Kartell bilden würde. Oft führt die Wettbewerbsbeschränkung direkt oder indirekt aufgrund einer Preiserhöhung zu einem Nachfragerückgang der anderen Marktbeteiligten. Sofern die Produkte oder Dienstleistungen aufgrund des durch den Kartellrechtsverstoß erhöhten Preises nicht abgesetzt werden können, entgeht dem Abnehmer Gewinn. Im weiteren Sinne bezeichnet der Begriff „entgangener Gewinn" die Differenz zwischen dem tatsächlichen Gewinn eines Unternehmens und dem Gewinn, den das Unternehmen hätten erzielen können, wenn das kartellrechtswidrige Verhalten nicht erfolgt wäre.[547]

546 RL 2014/104/EU, Erwägungsgründe 12; EuGH v. 13.7.2006, verb. Rs. C-295/04 bis C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461, Rn. 100 – *Manfredi.*

547 EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Schadensermittlung, S. 63.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Außerdem gehört die Zahlung von Zinsen als wesentlicher Bestandteil zum Schadensersatz.[548] Hierdurch soll verhindert werden, dass die Unternehmen, die Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht begangen haben, aus der langen Dauer wettbewerbswidrigen Verhaltens und des Kartellverfahrens durch den Zinsgewinn Vorteile ziehen.[549] Nach § 33a Abs. 4 GWB fallen Zinsen ab dem Zeitpunkt des Eintritts des Schadens bis zu dem Zeitpunkt der Schadenszahlung an.

Nach dem allgemeinen Grundsatz der Kostentragung im Zivilprozess (§ 91 ZPO) hat die unterliegende Partei die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, einschließlich der Kosten für die Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung sowie der notwendigen Auslagen der obsiegenden Partei. Wenn der Kartellverstoß nachgewiesen und verurteilt wurde, kann das Gericht anordnen, dass der Kartellant die vorgenannten Kosten der Geschädigten zu übernehmen hat. Diese Kosten können insbesondere für die Ermittlung des Schadens, die Untersuchung der Verstöße und Anwälte und Gutachter entstanden sein. Im Übrigen enthält das GWB eine Sonderregelung zur Verstärkung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung hinsichtlich der Kosten seit der 7. GWB-Novelle. § 89a GWB regelt die Möglichkeit für eine Partei, einen Antrag auf Streitwertanpassung zu stellen, wenn sie glaubhaft machen, dass die Belastung mit den Prozesskosten nach dem vollen Streitwert ihre wirtschaftliche Lage erheblich gefährden würde. Das Gericht kann auf Antrag des Klägers die Verpflichtung zur Zahlung von Gerichtskosten an die wirtschaftliche Lage anpassen. Er hat die Gebühren des Rechtsanwalts ebenfalls nur nach dem angepassten Streitwert zu entrichten. Wenn der Kläger obsiegt, kann dessen Anwalt aber von der gegnerischen Seite seine nach dem nicht verringerten Ausgangsstreitwert bemessenen Gebühren verlangen. Durch die Einführung von § 89a GWB will der Gesetzgeber das Kostenrisiko für die Betroffenen in kartellrechtlichen Zivilverfahren verringern.[550]

2. Nach Vorgaben des chinesischen Rechts

Wie der Schaden in den zivilrechtlichen Streitigkeiten aufgrund monopolisierender Verhaltensweisen zu bestimmen ist, ist weder im AMG noch

548 RL 2014/104/EU, Erwägungsgrund 12. Zur Verzinsung siehe weiter unten S. 199f.
549 BT-Drs. 15/3640, S. 54; *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, 5. Aufl., § 33 GWB Rn. 75.
550 BT-Drucks. 15/3640, S. 69.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

in den OVG-AMG-Bestimmungen eindeutig geregelt. Die OVG-AMG-Bestimmungen sehen in § 14 Abs. 2 lediglich vor, dass die Aufwendungen, die dem Kläger durch die Untersuchung und Verhinderung der monopolisierenden Verhaltensweise entstanden sind, auf Antrag des Klägers, in den Umfang des Schadensersatzes miteingerechnet werden können. Nach den bisherigen Urteilen bezieht sich der Schadensersatz auf den tatsächlich erlittenen Schaden des Geschädigten. Was zu dem tatsächlich erlittenen Schaden gehört und wie er berechnet wird, lässt sich aus den vier Entscheidungen ableiten, in denen den Geschädigten ein Schadensersatz zugesprochen wurde. Im Fall *Rainbow vs. Johnson & Johnson* wurde der entgangene Gewinn teilweise zugesprochen. Im Fall *Huawei vs. IDC* wurde ein pauschaler Schadensersatz entsprechend dem Antrag von Huawei zugesprochen. Im Fall *WU Xiaoqin vs. Shaanxi Radio* verlangte WU keinen zusätzlichen Schadensersatz, sondern nur die Erstattung der Gebühren für den unerwünschten Fernsehdienst. Im Fall *Yan'an Jiacheng Concrete Co., Ltd. v. Fujian Sanjian Engineering Co., Ltd.* wurde der aus der horizontalen Monopolvereinbarung resultierende Verlust auf der Grundlage der Differenz zwischen dem erhöhten Preis und dem Produktpreis berechnet, den die Vertragsparteien zuvor unter Marktbedingungen des freien Wettbewerbs vereinbart hatten.

a. Rainbow vs. Johnson & Johnson

Rainbow war 15 Jahre lang einer der Vertriebspartner von Johnson & Johnson (abgekürzt als J & J) für medizinische Hefter und Nahtprodukte. Gemäß dem Vertriebsvertrag autorisierte J & J Rainbow, seine Produkte an Krankenhäuser in bestimmten Bezirken in Beijing zum festen Mindestverkaufspreis zu verkaufen. Allerdings erfuhr J & J später, dass Rainbow die Vertriebspartnerschaft durch Ausschreibung eines unter dem von J & J aufgestellten Mindestverkaufspreis liegenden Preises in einem von J & J nicht zugelassenen Bezirk gewonnen hatte. Daraufhin beendete J & J seine Vertriebspartnerschaft mit einigen Krankenhäusern und brach schließlich die Lieferung an Rainbow ganz ab. Rainbow erhob im Jahr 2010 eine Schadensersatzklage gegen J & J. Rainbow behauptete, dass der von J & J geforderte Mindestverkaufspreis im Vertriebsvertrag gegen § 14 Nr. 2 AMG a.F. (jetzt § 22 Abs. 1 Nr. 2 AMG) verstoße und verlangte Schadensersatz in Höhe von 14,4 Millionen RMB. Das Volksgericht erster Instanz

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

entschied gegen Rainbow, weil nicht nachgewiesen werden konnte, dass der Vertriebsvertrag den Wettbewerb eingeschränkt oder ausgeschlossen hatte. Das Shanghai Obere Volksgericht hob die Entscheidung erster Instanz auf und verurteilte J & J, die Verluste von Rainbow in Höhe von 530.000 RMB zu kompensieren. Im Übrigen wurde die Klage abgewiesen.[551]

Rainbow hatte die folgenden Schadensposten geltend gemacht: Den entgangenen Gewinn bezüglich der medizinischen Nahtprodukte (den Mindestverkaufspreis der direkt betroffenen Produkte), den entgangenen Gewinn bezüglich der medizinischen Hefter (andere von Rainbow vertriebene Produkten von J & J), den Verlust aufgrund erhöhter Einkaufspreise für Ersatzprodukte, den erwarteten Gewinn aus einer Vertragsverlängerung, den Schaden an der Geschäftsreputation, den Aufwand für die Entlassung von Mitarbeitern, den Verlust von rückständigem Lagerbestand, Marketingkosten usw. Nur der entgangene Gewinn hinsichtlich der medizinischen Nahtprodukte wurde vom Shanghai Oberen Volksgericht zugesprochen, da dieser in einem direkten ursächlichen Zusammenhang mit dem kartellrechtswidrigen Mindestverkaufspreis stand. Nach dem Shanghai Oberen Volksgericht ist der zu ersetzende Schaden jedoch nicht nach den Grundsätzen des Vertragsrechts dahingehend zu berechnen, welchen Gewinn Rainbow erzielt hätte, wenn es den Mindestverkaufspreis eingehalten hätte, da bei einem solchen Vorgehen mittels der Schadensersatzklage ein unrechtmäßiger Mehrerlös aus dem kartellrechtswidrigen Verhalten erzielt werden könnte. Der entgangene Gewinn entspricht daher dem marktüblichen Gewinn für medizinische Nahtprodukte auf dem relevanten Markt. Bei der Berechnung dieses Gewinns auf dem relevanten Markt werden folgende Faktoren berücksichtigt: Die Unterschiede zwischen den Weiterverkaufspreisen der Produkte von J & J und denen anderer Hersteller, Anschaffungspreise und Rabatte der Vertreiber, Steuern und Gewinnverteilung zwischen J & J und seinen Händlern. Die restlichen vom Kläger vorgetragenen Schadensposten wurden aufgrund des fehlenden Kausalzusammenhangs nicht zugesprochen.

551 Shanghai Oberes Volksgericht v. 1.8.2013, Az. (2012) Hu Gao Min San (Zhi) Zhongzi Nr. 63 – *Rainbow vs. Johnson & Johnson* (letzte Instanz).

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b. Huawei vs. IDC

Huawei ist ein Netzwerkausrüster und Smartphone-Hersteller. IDC verfügt über zahlreiche Patente für 2G, 3G und 4G, von denen viele standardessenziell sind. Seit Jahren befanden sich Huawei und IDC in Verhandlungen über Lizenzverträge, ohne eine Einigung erzielen zu können. Am 6. Dezember 2011 erhob Huawei beim Mittleren Volksgericht in Shenzhen eine Zivilklage gegen IDC auf Unterlassung und Schadensersatz. Huawei machte geltend, dass IDC seine aus der Inhaberschaft an den SEPs resultierende marktbeherrschende Stellung auf dem relevanten Markt missbraucht habe, indem es überhöhte und diskriminierende Lizenzgebühren forderte, zusätzliche Geschäftsbedingungen (u.a. kostenlose Kreuzlizenzierung) ohne angemessene Gründe auferlegte und den Lizenzvertrag mit zusätzlichen unnötigen Patentlizenzen koppelte. Huawei verlangte Schadensersatz in Höhe von 20 Millionen RMB sowie die Erstattung von Untersuchungskosten, Anwaltshonoraren usw. Das Volksgericht erster Instanz stellte fest, dass IDC seine marktbeherrschende Stellung durch den unangemessen überhöhten Preis und die Kopplung missbraucht hat und sprach Huawei einen Schadensersatz in Höhe von 20 Millionen RMB zu. Die übrigen Anträge von Huawei wurden abgewiesen. Das Gericht zweiter Instanz bestätigte diese Entscheidung.[552]

Im Ergebnis hat das Obere Volksgericht der Guangdong Provinz in *Huawei vs. IDC* somit einen pauschalen Schadensersatz zugesprochen, der dem Antrag von Huawei entsprach. Weder Huawei noch IDC legten Beweise für den von Huawei tatsächlich erlittenen Verlust oder für den von IDC unrechtmäßig erzielten Gewinn vor. Bei der Festsetzung des Schadensbetrags zog das erstinstanzliche Volksgericht die folgenden Faktoren in Betracht: Die Rechtswidrigkeit des Verhaltens von IDC, den Grad des Verschuldens, die Dauer und die Auswirkungen der Zuwiderhandlung sowie die angemessenen Kosten, die Huawei für die Untersuchung und Abwehr der monopolistischen Verhaltensweisen entstanden sind. Das erstinstanzliche Volksgericht sprach ohne weitere Erklärung eine pauschale

552 Zum Ganzen: Oberes Volksgericht der Guangdong Provinz v. 16.10.2013, Az. (2013) Yue Gao Fa Min San Zhongzi Nr. 305 – *Huawei vs. IDC* (letzte Instanz). Es waren insgesamt drei Beklagte an dem Verfahren beteiligt: Inter Digital Communications (Muttergesellschaft), Inter Digital Technology Corporation und Inter Digital Patent Holdings Inc (jeweils Tochtergesellschaften). Die drei Unternehmen wurden von dem Konzern Inter Digital Group kontrolliert.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Schadensersatzsumme zu. Das Berufungsgericht bestätigte dies, gab aber ebenfalls nicht an, worauf sich der Schaden bezog.

c. WU Xiaoqin vs. Shaanxi Radio and Television Media Co. Ltd

Die Shaanxi Radio and Television Media Company (im Folgenden: Shaanxi Radio) ist der einzige von der Regierung der Provinz Shaanxi zugelassene Betreiber und der einzige zentralisierte Sender von Fernsehprogrammen in der Provinz. Daher verfügt Shaanxi Radio über einen Anteil von 100 % auf dem relevanten Markt. WU Xiaoqin war ein Nutzer der von Shaanxi Radio bereitgestellten digitalen Fernsehinhalte. Er beschwerte sich darüber, dass Shaanxi Radio den von ihm nicht gewünschten Premiumdienst an den Basisdienst gekoppelt und an ihn für zusätzlich 15 RMB verkauft hatte. In erster Instanz machte WU geltend: (1) Das Kopplungsgeschäft von Shaanxi Radio stelle einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung dar und sei daher nichtig; (2) Shaanxi Radio sei zur Zahlung von 15 RMB an WU zu verurteilen; (3) Shaanxi Radio habe alle Prozesskosten zu tragen. Die beanspruchte Erstattung der Mehrzahlung von 15 RMB wurde vom Volksgericht erster Instanz zugesprochen. Sowohl die erste als auch die zweite Instanz haben festgestellt, dass Shaanxi Radio eine marktbeherrschende Stellung innehatte. Das Volksgericht zweiter Instanz war jedoch der Auffassung, dass es sich bei dem Fall um die Verletzung des Rechts der Verbraucher auf Information handele, die unter das Verbraucherschutzgesetz falle. Einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch einen Kopplungsverkauf ohne angemessenen Grund i.S.v. § 17 Abs. 1 Nr. 5 AMG a.F. (jetzt § 22 Abs. 1 Nr. 5 AMG) verneinte das Volksgericht zweiter Instanz. Die Klage wurde schließlich vor dem OVG erneut verhandelt und das erstinstanzliche Urteil zu Gunsten des Klägers bestätigt. Dies beruht darauf, dass Shaanxi Radio nicht nachgewiesen hat, dass die Kopplung auf gerechtfertigten Gründen beruhte und damit gegen § 17 Abs. 1 Nr. 5 AMG a.F. verstoßen hat, was zur Nichtigkeit des Kaufvertrags führte.[553]

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

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

d. Yan'an Jiacheng Concrete Co., Ltd. v. Fujian Sanjian Engineering Co., Ltd

Yan'an Jiacheng Concrete Co., Ltd. (im Folgenden: Jiacheng) klagte gegen Fujian Sanjian Engineering Co., Ltd (im Folgenden: Fujian Sanjian) auf Zahlung des ausstehenden Betrags für Betonlieferung und forderte eine Vertragsstrafe wegen Zahlungsverzugs. Fujian Sanjian erhielt Kenntnis davon, dass Jiacheng von der Verwaltung für Marktaufsicht der Provinz Shaanxi aufgrund des Abschlusses und der Durchführung einer horizontalen Vereinbarung mit anderen Betonunternehmen bestraft wurde. Daher reichte Fujian Sanjian eine Widerklage ein und verlangte Schadensersatz von Jiacheng.

Das Volksgericht erkannte die Feststellung der Tatsache in der Bußgeldentscheidung an, dass Jiacheng an der horizontalen Monopolvereinbarung im Zeitraum von Juli bis August 2018 beteiligt war. Das Volksgericht schloss daraus, dass die Erhöhung des Stückpreises der Betons an Fujian Sanjian durch Jiacheng bis zum Beweis des Gegenteils als Durchführung der horizontalen Monopolvereinbarung betrachtet werden sollte. Nach dem Volksgericht sollte der Schaden auf Grundlage des unmittelbaren wirtschaftlichen Verlusts infolge der Preiserhöhung berechnet werden. Für die Bemessung des Schadensersatzes wandte es die Vergleichsmethode an, bei der es zwei Ansätze gab. Der eine Ansatz bestand in der Preisdifferenz zwischen dem durch das Kartell verursachten erhöhten Preis und dem Preis gleichartiger Produkte auf dem freien Markt, zu dem der Geschädigten Zugang hatte, zuzüglich der zusätzlichen Transaktionskosten, die aufgrund des Zugangs zu diesem Markt entstanden sind. Der andere Ansatz bezog sich auf die Differenz zwischen dem erhöhten Preis und dem zuvor vereinbarten Preis, den die beiden Parteien im Wettbewerbsmarkt ausgehandelt hatten.[554] Da die betroffenen Produkte im vorliegenden Fall innerhalb kurzer Zeit nach der Fertigstellung zur Baustelle transportiert und nicht gelagert werden konnten, war es für die geschädigte Partei schwierig, alternative Produkte in einem weiteren Gebiet außerhalb des lokalen Marktes zu erwerben. Daher wählte das Volksgericht die zweite Methode zur Schadensberechnung.[555]

554 Diese Methode wird üblicherweise als Vergleichsmarktmethode bezeichnet. Näher dazu siehe unter unten II.1.a.

555 Zum Ganzen: Mittleres Volksgericht der Stadt Xi'an der Shaanxi Provinz v.13.8.2020, Az. (2020) Shaan 01 Zhi Min Chu Nr. 509 – *Yan'an Jiacheng Concrete Co., Ltd. v. Fujian Sanjian Engineering Co., Ltd.*

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

II. Schadensermittlung

Die Bezifferung des Schadens ist ein wesentliches Hindernis bei der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs. Im Folgenden werden zuerst die gebräuchlichen wirtschaftlichen Methoden für die Bezifferung des Schadens vorgestellt, die im Wesentlichen auf dem Inhalt des praktischen Leitfadens zur Schadensermittlung der EU-Kommission und der einschlägigen Literatur von *Inderst*, *Rigaud* und *Schwalbe* beruhen. Danach wird schwerpunkmäßig auf die Schadensermittlung bei Kartellen anhand diverser Entscheidungsbeispiele aus Deutschland eingegangen. Anschließend sind die Besonderheiten der Schadensermittlung bei einem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu erörtern. Schließlich werden Vorschläge für eine Vereinfachung der Schadensermittlung für Kartellfälle erläutert.

1. Methoden der Schadensermittlung

Der vollständige Schadensersatz soll den Geschädigten in die Lage versetzen, in der er sich ohne die Zuwiderhandlung gegen das Kartellverbot oder das Missbrauchsverbot befände.[556] Alle Methoden der Schadensermittlung basieren auf einem grundlegenden Konzept, nämlich der Differenzhypothese, der zufolge der Vermögensstand in der tatsächlichen Marktsituation mit demjenigen verglichen wird, in dem sich der Geschädigte ohne die Zuwiderhandlung befände.[557] Dieses Konzept wird auf Englisch oft auch als „but-for Analysis" bezeichnet. Der entstandene Schaden ergibt sich also aus der Differenz zwischen dem tatsächlichen Vermögensstand (realer Zustand) und dem hypothetischen Vermögensstand, der ohne den Wettbewerbsverstoß vorläge (hypothetischer Zustand).[558] Daher ist es für die Schadensermittlung von zentraler Bedeutung, wie das gegenüber der tatsächlichen Marktsituation hypothetische oder kontrafaktische Szenario, das ohne die Zuwiderhandlung stattgefunden hätte, zu ermitteln ist.[559] Nach

556 EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Schadensermittlung, S. 11.

557 *Inderst/Rigaud/Schwalbe*, in: Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung, § 7 Quantifizierung von Schäden Rn. 60.

558 EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Schadensermittlung, S. 11. Zur Differenzhypothese im deutschen Schadensersatzrecht siehe *Oetker*, in: MüKo BGB, § 249 Rn. 16ff.

559 EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Schadensermittlung, S. 11.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Bestimmung des kontrafaktischen Szenarios sind die ökonomischen Variablen für die Art der Schäden, die der Geschädigte geltend macht, zu untersuchen. Hierzu zählen unter anderem die Preise, Absatzmenge, Gewinne, Kosten und Marktanteile.[560] Schließlich kommen die Nachwirkungen, die nach dem aktuellen Zeitpunkt der Schadensermittlung auftreten, in Betracht und der Barwert vergangener und zukünftig zu erwartenden Schäden ist zu ermitteln.[561]

Es gibt viele verschiedene Methoden, um ein kontrafaktisches Szenario für die Schadensermittlung zu konstruieren. Die Methoden unterscheiden sich in ihren Ansätzen, den zugrundeliegenden Annahmen, den Datenanforderungen, den Kosten sowie der zu erwartenden Sicherheit und Genauigkeit. Über die Stärken und Schwächen jeder einzelnen Methode existieren widersprüchliche Meinungen. Dieser Abschnitt bietet vorwiegend einen Überblick über die häufig angewendeten Methoden, geht aber nicht näher auf die komplizierten ökonomischen Annahmen und Techniken jeder Methode ein.

a. Vergleichsmarktmethoden

Vergleichsmarktmethoden sind die am meisten verwendeten Methoden, um ein kontrafaktisches Szenario zu konstruieren. Bei diesen Methoden werden die Marktdaten aus entweder demselben betroffenen Markt während eines nicht kartellbetroffenen Zeitraums oder aus nicht betroffenen räumlichen und sachlichen Märkten als Anhaltspunkt für die Bildung des kontrafaktischen Szenarios herangezogen. Die zeitliche Vergleichsmethode wird häufig als Vorher-nachher-Methode bezeichnet, wobei der vom Kartell betroffene Markt für die Zeiträume vor Beginn und/oder nach Beendigung des Kartells beobachtet wird und mit dem gleichen Markt während des Kartellzeitraums verglichen wird.[562] Bei dem Vergleich mit anderen Märkten muss der räumliche Vergleichsmarkt mit dem von dem Kartellrechtsverstoß betroffenen Markt „hinreichend ähnlich" sein.[563] Die

560 Vgl. EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Schadensermittlung, S. 12; *Inderst/Rigaud/Schwalbe*, in: Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung, § 7 Quantifizierung von Schäden Rn. 6.

561 *Inderst/Rigaud/Schwalbe*, in: Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung, § 7 Quantifizierung von Schäden Rn. 6.

562 EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Schadensermittlung, S. 19.

563 EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Schadensermittlung, S. 23.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Produkte des räumlichen Vergleichsmarkts und die Wettbewerbsmerkmale wie Kostenstruktur und Nachfrageelastizität sollten denen des betroffenen Marktes, abgesehen von dem Verstoß, ähnlich sein.[564] Eine Kombination aus zeitlichem Vergleich und räumlichem oder sachlichem Marktvergleich ist ebenfalls möglich.[565]

b. Andere wirtschaftliche Methoden

Ist eine Betrachtung über den Vergleichsmarkt nicht direkt möglich, muss durch andere Methoden ein künstlicher Vergleichsmarkt konstruiert werden. Im Vergleich zu den Vergleichsmarktmethoden sind die alternativen wirtschaftlichen Methoden hinsichtlich der theoretischen Annahmen, Datenanforderungen und Techniken erheblich komplizierter.

Bei der Kostenmethode wird der hypothetische Preis, der sich ohne Kartell ergeben hätte, aufgrund der Produktionskosten für die betroffenen Produkte und einer angemessenen Gewinnspanne geschätzt. Die Schätzung kann alternativ auch auf der Finanz- und Ertragslage der Schädiger basieren.[566] Simulationsmethoden verwenden hingegen die theoretischen Modelle der Industrieökonomie, die für die verschiedenen Wettbewerbssituationen entwickelt wurden, um einen künstlichen Vergleichsmarkt zu etablieren.[567]

c. Vertragliche Schadenspauschalierungen und sonstige Methode

In der Praxis vereinbaren die Parteien manchmal zusätzlich zu den Liefervereinbarungen Klauseln mit einem pauschalierten Schadensersatz für den Fall einer Zuwiderhandlung gegen das Kartellrecht, um den Schadensnachweis zu vereinfachen.[568] Beispielsweise sah eine Klausel für die Schadenspauschalierung in einem Beschaffungsvertrag in dem deutschen Fall *Feuerwehrfahrzeuge* so aus: „Wenn der Auftragnehmer aus Anlass der Vergabe nachweislich eine Abrede getroffen hat, die eine unzulässige

564 EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Schadensermittlung, S. 23. Vgl. *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 173f.
565 Vgl. EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Schadensermittlung, S. 16f.
566 EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Schadensermittlung, S. 42.
567 Vgl. EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Schadensermittlung, S. 38f.
568 *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 567.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Wettbewerbsbeschränkung darstellt, hat er 15 v.H. der Abrechnungssumme an den Auftraggeber zu zahlen, es sei denn, dass ein Schaden in anderer Höhe nachgewiesen wird."[569] Das OLG Karlsruhe stufte eine solche Klausel nicht als Vertragsstrafenabrede, sondern als eine schadenspauschalierende Klausel ein.[570] Es hält eine derartige Klausel nach dem Maßstab des AGB-Rechts für rechtlich zulässig.[571] Die Wirksamkeit der pauschalierte Kartellschadensersatzklauseln in AGBs ist allerdings umstritten.[572]

Außerdem kann die Berechnung des Mehrerlöses, die bei der Festlegung der Bußgelder eine Rolle spielt, für die Schadensermittlung bei kartellrechtlichen Schadensersatzklagen relevant sein. Nach der Rechtsprechung ergibt sich der Mehrerlös aus der Differenz zwischen „den tatsächlichen Einnahmen, die aufgrund des Wettbewerbsverstoßes erzielt wurden, und den Einnahmen, die das durch die Kartellabsprachen bevorzugte Unternehmen ohne den Wettbewerbsverstoß erzielt hätte".[573] Aus ökonomischer Sicht entsprechen der „Mehrerlös" oder die „Kartellgewinne" ungefähr der Preiserhöhung, die durch den Preis- und Mengeneffekt des Kartells bewirkt wurde.[574]

Gemäß § 33a Abs. 3 S. 2 GWB kann bei der Schadensschätzung der anteilige Gewinn, den der Rechtsverletzer durch den Verstoß erlangt hat, berücksichtigt werden. Hierbei handelt es sich um den mit dem kartellbefangenen Produkt erwirtschafteten Anteil am Gesamtgewinn des Kartellanten. Der Geschädigte kann den anteiligen Gewinn als Anknüpfungstatsache für eine Schadensschätzung darlegen.[575] In der Regel wird der Gewinn durch Subtraktion der Herstellungskosten und der angefallenen Betriebskosten von den Umsatzerlösen ermittelt. Allgemeine Kosten, die unabhängig vom wettbewerbswidrigen Verhalten entstanden wären, wie zum Beispiel Ge-

569 OLG Karlsruhe v. 31.7.2013, NZKart 2014, 366 – *Löschfahrzeuge*. In diesem Fall wurde der Auftraggeber aufgrund der Beteiligung des Bieters (Auftragnehmers) an einem Quotenkartell auf der Beschaffungsseite beeinträchtigt.

570 OLG Karlsruhe v. 31.7.2013, NZKart 2014, 366, 367 – *Löschfahrzeuge*.

571 Vgl. OLG Karlsruhe v. 31.7.2013, NZKart 2014, 366, 368 – *Löschfahrzeuge*. Zu vertraglicher Schadenspauschalierung siehe weiter unten S. 187f.

572 Für unwirksam gehalten LG Potsdam v. 22.10.2014, NZKart 2015, 152 – *Feuerwehrfahrzeug-Kartell*.

573 BGH v. 19.6.2007, NJW 2007, 3792, 3793 – *Bestimmung kartellbedingten Mehrerlöses* und die dort angeführte Rechtsprechung.

574 *Friederiszick/Röller*, 6 J. Compet. Law Econ. 595 (2010), 608.

575 *Franck*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB § 33a GWB Rn. 106.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

meinkosten oder andere betriebliche Aufwendungen, werden dabei nicht abgezogen.[576]

d. Wahl der Methoden

Bei allen Methoden handelt es sich um eine Schätzung des kontrafaktischen Szenarios, zu dem es ohne die Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht gekommen wäre. Im konkreten Fall ist bei der Auswahl der geeigneten Methode das Spannungsverhältnis zwischen der Praktikabilität sowie Durchführbarkeit und der zu erwartenden Genauigkeit zu beachten.[577] Allgemein können die folgenden Faktoren nach dem praktischen Leitfaden zur Schadensermittlung der EU-Kommission bei der Wahl der Methoden der Schadensermittlung im konkreten Fall in Erwägung gezogen werden: (1) Das Beweismaß und die Beweislast nach den anwendbaren Rechtsvorschriften; (2) die verfügbaren Daten; (3) der finanzielle und zeitliche Aufwand; (4) die Verhältnismäßigkeit zwischen Aufwand und Höhe der Schadensersatzforderung, für die der Schädiger in Anspruch genommen wird und (5) die Verfügbarkeit der Beweismittel.[578] Führt die Anwendung von zwei oder mehr Methoden in einem Fall zu erheblich abweichenden Ergebnissen, schlägt die EU-Kommission vor, eine sorgfältige Prüfung dahingehend durchzuführen, dass die Gründe für die Abweichung zu erforschen und die Stärken sowie Schwächen der jeweiligen Methoden und ihrer Anwendung im gegebenen Fall abzuwägen sind.[579]

2. Schadensberechnung bei Kartellen

a. Anwendungsbeispiele

Kartelle führen normalerweise zu Preiserhöhungen und Absatzrückgängen. Der zu ersetzende Schaden ergibt sich in der Regel aus der Differenz zwischen dem tatsächlichen Preis, den der Kläger an das beklagte Kartellunternehmen für das betroffene Produkten tatsächlich gezahlt hat und dem Preis, den der Kläger bei funktionierendem Wettbewerb an den Be-

576 BT-Drucks. 15/3640, S. 45.
577 *Friederiszick/Röller*, 6 J. Compet. Law Econ. 595 (2010), 613.
578 EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Schadensermittlung, S. 46.
579 EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Schadensermittlung, S. 46.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

klagten gezahlt hätte.[580] Das Schlüsselproblem für die Ermittlung des kartellbedingten Schadens liegt daher in der Schätzung des kontrafaktischen Preises bei funktionierendem Wettbewerb. Die Anwendung der Vergleichsmarktmethode und vertraglichen Schadenspauschalierung lässt sich mit den folgenden ausgewählten Klagen beispielhaft illustrieren, in denen die Kläger Schadensersatz vor deutschen Gerichten beanspruchten, nachdem Bußgeldentscheidungen der EU-Kommission oder des BKartA ergingen. Die den Bußgeldentscheidungen zugrundeliegenden Untersuchungen der Wettbewerbsbehörden erleichtern die Schadensermittlung bei Follow-on-Klagen, indem sich aus den offengelegten Akten unter anderem Informationen über die zeitliche Preisentwicklung und der Preise auf den betroffenen Märkten ergeben.

aa) Zeitlicher Vergleich

Nachdem die EU-Kommission gegen das sog. Vitaminkartell Bußgeldentscheidungen erließ, beanspruchte der Kläger Schadensersatz.[581] In der Entscheidung des LG Dortmund wurde die tatsächliche Marktsituation während des Zeitraums des Vitaminkartells mit der Marktsituation verglichen, die auf demselben Markt nach dem Ende der Auswirkungen des Kartells bestand. Der Kläger berief sich auf den in der Entscheidung der EU-Kommission festgestellten Kartellverstoß und die dadurch verursachte Preissteigerung. Das Vitaminkartell hatte eine Preissteigerung für die von dem Beklagten bezogenen Vitamine von durchschnittlich 20 bis 50 % verursacht.[582] Aus den Tabellen über die Preisentwicklung für die von dem Beklagten bezogenen Vitaminprodukte in der Entscheidung der EU-Kommission wurde ersichtlich, dass der überhöhte Kartellpreis während der gesamten Dauer des Kartells im Wesentlichen stabil blieb.[583] Unmittelbar nach Beendigung des Kartells kam es zu einem wesentlichen Preisrückgang

580 KG Berlin v. 1.10.2009, WuW/E DE-R 2773, 2776 – *Berliner Transportbeton*.
581 EU-Kommission, Entscheidung v. 22.11.2001, COMP/E-1/37.512 – *Vitamine*.
582 LG Dortmund v. 1.4.2004, 13 O 55/02 Kart, WuW/E DE-R 1352 = Juris, Rn. 7 – *Vitaminpreise Dortmund*.
583 LG Dortmund v. 1.4.2004, 13 O 55/02 Kart, WuW/E DE-R 1352 = Juris, Rn. 7 – *Vitaminpreise Dortmund*.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

um 17 bis mehr als 50 %.[584] Bei der Schadensschätzung wies das Gericht darauf hin, dass die von der europäischen Kommission festgestellten Prozentzahlen einen Rückschluss auf die Preissteigerung während des Gesamtzeitraums des Vitaminkartells ermöglichen.[585]

bb) Räumlicher Marktvergleich

Der Fall *Berliner Transportbeton* hatte ebenfalls eine Schadensersatzklage zum Gegenstand, die sich an ein Kartellbußgeldverfahren, dieses Mal des BKartA, anschloss.[586] Die Beklagte bot Transportbeton in Berlin an und nahm an einem Quotenkartell im Großraum Berlin teil, das während seines Bestehens einen Preisanstieg für Transportbeton bewirkte. Das KG Berlin verglich die durch das Kartell beeinflussten Transportbetonpreise in Berlin mit denen im übrigen Bundesgebiet. Während die Preise im gesamten Bundesgebiet in den Jahren 1994 bis 1998 konstant blieben, stiegen die Preise mit Beginn des Quotenkartells im Jahr 1995 sowohl in Berlin als auch bezogen auf die Verkäufe der Beklagten drastisch, um ca. 14 %, an. Diese erhöhten Durchschnittspreise blieben während des Kartellzeitraums im Wesentlichen stabil. Nach Beendigung des Kartells Ende des Jahres 1998 sanken die Preise sowohl in Berlin als auch bezogen auf die Verkäufe der Beklagten drastisch. Danach wurden die Preise der Beklagten speziell gegenüber der Klägerin dahingehend verglichen, ob sie sich während des Kartellzeitraumes und danach im Wesentlichen parallel entwickelten.[587]

584 LG Dortmund v. 1.4.2004, 13 O 55/02 Kart, WuW/E DE-R 1352 = Juris, Rn. 7 – *Vitaminpreise Dortmund*. Mehr zur Verwendung der zeitlichen Vergleichsmarktmethode siehe *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 165–168.

585 LG Dortmund v. 1.4.2004, WuW/E DE-R 1352, 1354 – *Vitaminpreise Dortmund*.

586 BKartA, Bußgeldbescheid v. 25.10.1999, B 1-26631-OV 60/99-12. Die Beklagte wurde in dem Bußgeldbescheid als Teilnehmer des Kartells benannt, war jedoch nicht Betroffener des Bescheides. Siehe KG Berlin v. 1.10.2009, WuW/E DE-R 2773, 2775 – *Berliner Transportbeton*.

587 Zum Ganzen: KG Berlin v. 1.10.2009 WuW/E DE-R 2773, 2779 – *Berliner Transportbeton*. Mehr zur Verwendung räumlicher Vergleichsmärkte siehe *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 172–175.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

cc) Vertragliche Schadenspauschalierung

Die deutschen Gerichte haben die Klausel über pauschalierten Schadensersatz als Vertragszusatz in zwei Fälle für zulässig anerkannt. Bei den beiden Fällen handelt es sich um Schadensersatzanspruch des Auftragsgebers wegen Beteiligung des Auftragnehmers an einem Kartell.[588] Im Fall *Feuerwehrfahrzeuge* betrug die vereinbarte Schadenspauschalierung 15 % und im Fall *Schienenkartell* 5 % der Auftragssumme.[589] Der Anspruchssteller des Schadensersatzes war jeweils die Vertragspartei und direkter Kunde des Kartellunternehmens. Die Anwendung derartiger Klausel setzt zunächst das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruches voraus, nämlich, dass der Kläger durch die Zuwiderhandlung einen Schaden erlitten hat.[590] Daneben muss die Klausel bezüglich der Schadenspauschalierung dahingehend geprüft werden, ob es sich hierbei nicht um eine Vertragsstrafenabrede handelt und – sofern es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung i.S.d. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB handelt – ob sie einer Inhaltskontrolle nach dem AGB-Recht standhält.[591] Die Beweislast dafür, dass kein oder nur ein geringerer auf dem Kartellverstoß beruhender Schaden vorliegt, trägt der Beklagte.[592]

b. Schwierigkeiten und Vorschläge

Die Vergleichsmarktmethoden werden in der Praxis häufig verwendet. Sie sind im Vergleich zu anderen wirtschaftlichen Methoden in der Anwen-

588 Zu den vorherigen behördlichen Bußgeldverfahren gegen Hersteller von Feuerwehrfahrzeugen, siehe BKartA, Pressemitteilung v. 10.2.2011, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2011/10_02_2011_Feuerwehrfahrzeuge.html. Zu den vorherigen behördlichen Bußgeldverfahren gegen die Beteiligten des Schienenkartells, siehe BKartA, Fallbericht v. 6.9.2013, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Fallberichte/Kartellverbot/2013/B12-16-11_B12-19-12.pdf?__blob=publicationFile&v=7.

589 OLG Karlsruhe v. 31.7.2013, NZKart 2014, 366 – *Löschfahrzeuge;* KG Berlin v. 28.6.2018, NZKart 2018, 376 – *Schienenkartell.*

590 OLG Karlsruhe v. 31.7.2013, NZKart 2014, 366, 367 – *Löschfahrzeuge*; KG Berlin v. 28.6.2018, NZKart 2018, 376, 378 – *Schienenkartell.*

591 OLG Karlsruhe v. 31.7.2013, NZKart 2014, 366, 368 – *Feuerwehrfahrzeuge*; KG Berlin v. 28.6.2018, NZKart 2018, 376, 378f – *Schienenkartell.*

592 OLG Karlsruhe v. 31.7.2013, NZKart 2014, 366, 368 – *Feuerwehrfahrzeuge*; KG Berlin v. 28.6.2018, NZKart 2018, 376, 379 – *Schienenkartell.*

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dung einfacher, weil sie sich direkt mit den realen Märkten befassen.[593] Zwar kann mit bestimmten Techniken der Datenauswertung wie beispielsweise der Regressionsanalyse die Schadensschätzung erheblich verfeinert werden.[594] Aber die Vergleichsmarktmethode hat in ihrer Anwendbarkeit auch Grenzen. Beispielsweise ist es nicht immer möglich, einen hinreichend ähnlichen räumlichen Vergleichsmarkt zu finden und für ein relativ lang bestehendes Kartell ist die Genauigkeit der Zeitvergleichsmethode hinsichtlich des kontrafaktischen Szenarios herabgesetzt.

Das wesentliche Problem der Schadensberechnung bleibt vor allem die Einschätzung der hypothetischen Wettbewerbspreise, die sich in einem kontrafaktischen Szenario durchgesetzt hätten. Es besteht zudem in der Auswahl und Durchführung der Methoden im konkreten Fall und den damit verbundenen Kosten und Zeitaufwand. Neben der Entwicklung und Optimierung verschiedener wirtschaftlicher Methoden und den damit zusammenhängenden Techniken für die Schadensermittlung werden im Folgenden einige Optionen empfohlen, die insbesondere hinsichtlich der Praktikabilität sowie Durchführbarkeit bei der Schadensberechnung vorteilhaft sind.

aa) Vertragliche Schadenspauschalierung

Eine vereinbarte Schadenspauschalierung als zusätzlicher Vertragsbestandteil kann die Probleme hoher Komplexität und des Aufwandes der Schadensermittlung umgehen. Das Bundeskartellamt hat diese Handhabung befürwortet und hält eine Pauschalierung in Höhe von 5 bis 15 % der Abrechnungssumme für angemessen, sofern sich nicht aus erkennbaren Besonderheiten der betroffenen Märkte Abweichungen ergeben.[595]

Durch die Pauschalierung ist der Nachweis der Schadenshöhe entbehrlich. Der Kläger muss lediglich die Anspruchsvoraussetzungen darlegen und beweisen. In Kombination mit der Bindungswirkung behördlicher Bußgeldentscheidungen, kann die vertragliche Schadenspauschalierung die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs maßgebend vereinfachen.[596] Im Fall eines Kartells i.S.d. § 33a Abs. 2 S. 2 GWB kann der Kläger

593 EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Schadensermittlung, S. 18.
594 EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Schadensermittlung, S. 28ff.
595 BKartA, Tätigkeitsbericht 2013/2014, S. 35.
596 BKartA, Tätigkeitsbericht 2013/2014, S. 35.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sich nun zudem auf die Schadensvermutung gemäß § 33a Abs. 2 S. 1 GWB berufen, was die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs weiter erleichtert.[597]

bb) Schadenschätzung

Die Schätzung des Schadensumfangs durch das Gericht nach § 287 Abs. 1 ZPO gilt bereits seit 7. GWB-Novelle gemäß § 33 Abs. 3 S. 1.[598] Nicht nur für die Höhe des Schadens, sondern auch für die Frage, ob durch einen Kartellrechtsverstoß ein Schaden entstanden ist, gilt das Beweismaß des § 287 Abs. 1 ZPO.[599] Im Vergleich zu den Beweisanforderungen für das Vorliegen einer Zuwiderhandlung und die Betroffenheit ist das Niveau der Beweisforderung bei der Schadensschätzung niedriger.[600] Eine überwiegende Wahrscheinlichkeit ist für die richterliche Überzeugungsbildung ausreichend.[601]Auf der Grundlage der vom Geschädigten vorgetragenen Anknüpfungstatsachen schätzt das Gericht den hypothetischen Wettbewerbspreis und damit den Schaden.

Bereits einen Schritt weiterdenkend hat *Weitbrecht* vorgeschlagen, eine gesetzliche Vermutung für die kartellbedingte Preiserhöhung auf der ersten Absatzstufe in Höhe eines bestimmten Prozentsatzes einzuführen.[602] Die Vorlaufkosten einschließlich der Anwaltskosten, ökonomischer Gutachten sowie interner Kosten belaufen sich nach seiner konservativen Schätzung auf ca. 500.000 Euro. Daher sei die Durchsetzung eines Schadensersatzanspruchs nicht vernünftig, wenn der möglicherweise ersetzbare Schaden un-

597 Zur Schadensvermutung s. unten § 6 A.II.2.

598 BGH v. 12.7.2016, NJW 2016, 3527 Rn. 41ff. – *Lottoblock II*; LG Stuttgart v. 6.6.2019 – 30 O 88/18, BeckRS 2019, 11859, Rn. 82. Zur Schadensschätzung siehe weiter unten § 6 A.II.2.

599 Der kartellrechtliche Schadensersatzanspruch entsteht unabhängig von der Verletzung eines bestimmten Rechtsguts. Es gilt daher die Beweiserleichterung des § 287 Abs. 1 ZPO, da es sich bei der Frage, ob ein Schaden infolge des Kartellrechtsverstoßes entstanden ist, um die haftungsausfüllende Kausalität und nicht um die haftungsbegründende Kausalität geht. Siehe BGH v. 12.7.2016, NJW 2016, 3527 Rn. 41ff. – *Lottoblock II*; BGH v. 28.1.2020, NJW 2020, 1430 Rn. 29f. – *Schienenkartell II.*

600 Vgl. *Friederiszick/Röller*, 6 J. Compet. Law Econ. 595 (2010), 617. Für die Feststellung, ob der Anspruchsteller durch den Kartellrechtsverstoß betroffen ist, gilt das Beweismaß des § 286 ZPO. Siehe BGH v. 12.7.2016, NJW 2016, 3527 Rn. 47. – *Lottoblock II*; BGH v. 28.1.2020, NJW 2020, 1430 Rn. 25. – *Schienenkartell II.*

601 Zur Beweiserleichterung des§ 287 ZPO siehe *Oetker*, in: MüKo BGB, § 249 Rn. 499.

602 *Weitbrecht*, WuW 2015, 959, 967f.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ter 500.000 Euro liegt.[603] Mithilfe der von ihm vorgeschlagenen Vermutung könne sich der Geschädigte die Einholung ökonomischer Gutachten sparen, ohne die Schadensersatzklage von vornherein aufgeben zu müssen.[604] Für die Gestaltung der Vermutungsregelung weist *Weitbrecht* darauf hin, dass sich die Vermutung der Höhe des Prozentsatzes lediglich auf die Höhe der kartellbedingten Preiserhöhung auf der nächstgelegenen Absatzstufe bezieht und den infolge des Absatzrückgangs verursachten Schaden nicht umfasst. Daher sollte diese Vermutung widerlegbar sein und zwar durch den Nachweis entweder eines höheren oder niedrigeren Schadens oder der Weiterwälzung des Preisaufschlags auf die übernächste Absatzstufe.[605] Im Rahmen des deutschen Rechts sind die Gerichte nicht befugt, einen bestimmten Prozentsatz für die Vermutung einer kartellbedingten Preiserhöhung festzulegen, aber der Gesetzgeber könnte eine derartige Vermutungsregelung einführen.[606]

Aus früheren Bußgeldverfahren gegen Kartelle und vielen empirischen Studien der durch Kartelle verursachten Preiseffekte wird ersichtlich, dass ein erfolgreiches Kartell typischerweise zu einer durchschnittlichen Preissteigerung von 20 % führt.[607] Ähnlich der vertraglichen Schadenspauschalierung könnte so eine gesetzliche Vermutung eines bestimmten Prozentsatzes der kartellbedingten Preiserhöhung zu einer Vereinfachung des Schadensnachweises beitragen. Hierdurch würden mehr Geschädigte mit geringeren Verlusten zur Klageerhebung veranlasst, wodurch zugleich die abschreckende Wirkung erhöht würde. Derartige Vermutungen würden aber zu einer Belastung der Kartellanten führen, weil der erfolgreiche Einwand der Schadensabwälzung bereits nach aktueller Rechtslage nur schwer zu führen ist.

Das chinesische Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb sieht eine Möglichkeit des pauschalen Schadensersatzes vor. Nach § 27 Abs. 5 ChinUWG kann das Volksgericht dem Geschädigten anhand der konkreten Umstände des Rechtsverstoßes höchstens fünf Millionen Yuan (ca. 674.000 Euro) Entschädigung zusprechen, wenn weder der tatsächliche Verlust des Geschädigten noch der unrechtmäßig erzielte Gewinn des Rechtsverletzers bestimmt werden kann. Solch ein gesetzlich pauschalierter

603 *Weitbrecht*, WuW 2015, 959, 967.
604 *Weitbrecht*, WuW 2015, 959, 968.
605 *Weitbrecht*, WuW 2015, 959, 968.
606 *Weitbrecht*, WuW 2015, 959, 968.
607 Vgl. S. 78.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Schadensersatz sollte auch bei der Schadensersatzberechnung in Kartellverfahren in Betracht gezogen werden.

cc) Ermittlung des Schadens anhand des vom Schädiger unrechtmäßig erzielten Gewinns

Wie oben erwähnt, kann die Ermittlung des Mehrerlöses des Beklagten aufgrund des Wettbewerbsrechtsverstoßes für die Berechnung des Schadensersatzes relevant sein.[608] Bereits im begleitenden Arbeitspapier zum Grünbuch der EU-Kommission wird die Option für die Schadensberechnung vorgelegt, den Schaden auch anhand des vom Rechtsverletzer unrechtmäßig erzielten Gewinns zu ermitteln, wenn erwiesen ist, dass der erlittene Schaden der Kläger sehr schwierig zu schätzen ist, was insbesondere häufig bei Verbraucherklagen der Fall ist.[609]

Ein ähnlicher Vorschlag findet sich auch im chinesischen Schrifttum. Das ChinUWG legt mit § 27 Abs. 3 fest, dass die zu Unrecht erzielten Gewinne des Rechtsverletzers als Schadensbetrag kalkuliert werden können, wenn der tatsächliche Verlust der Geschädigten nur schwer zu ermitteln ist. Es könnte in Erwägung gezogen werden, eine ähnliche Regelung auch ins AMG aufzunehmen.[610]

Aber die wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen zielen häufig nicht auf ein bestimmtes Unternehmen ab. Für die wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen, die nicht unmittelbar mithilfe von Preiserhöhungen durchgesetzt werden, ist die Basis für diese vereinfachte Schadensberechnung schon fraglich. Ist der erlittene Schaden durch das Opfer nur schwer nachzuweisen, wäre es auch nicht leichter, den direkt mit dem Opfer in Zusammenhang stehenden Teil aus den unrechtmäßig erzielten Gewinnen zu ermitteln. Selbst wenn dies machbar wäre, würden die daraus resultierenden Kosten und Verfahrenskomplexität stark zunehmen und neue Probleme hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislast zwischen den Parteien schaffen. Das Gericht müsste dann anhand der Umstände der konkreten

608 Siehe oben S. 187.

609 EU-Kommission, Annex to the Green Paper – Damages actions for breach of the EC antitrust rules, 19.12.2005, SEC(2005) 1732, S. 144.

610 So auch *Dai, Bin/Lan, Lei*, S. 115f. Um die Darlegungs- und Beweislast des Klägers noch weiter zu erleichtern, schlagen *Dai* und *Lan* vor, dass dem Kläger die Wahl der Berechnungsgrundlage für die Schadensersatzermittlung, nämlich zwischen dem ihm tatsächlich entstandenen Schaden und dem vom Beklagten unrechtmäßig erzielten Gewinn, eingeräumt werden könnte.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Einzelfälle prüfen, ob die Schadensberechnung mittels des unrechtmäßig erzielten Gewinns plausibel wäre. Dieses Hilfsmittel kann mithin nur für die Schadensberechnung in Fällen einer bestimmten wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweise mit einem gezielten Marktbeteiligten angewendet werden.

3. Schadensberechnung bei missbräuchlichem Verhalten

Für den Ausbeutungsmissbrauch in Form überhöhter Preise können in der Regel die vorhergehenden gebräuchlichen Methoden für die Ermittlung des kartellbedingten Preisaufschlags angewandt werden.[611] Beispielsweise sind räumliche Vergleichsmarktmethoden für ein missbräuchliches Verhalten geeignet, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen einen überhöhten Preis fordert, den es für gleiche Produkte auf einem anderen vergleichbaren Markt mit wirksamem Wettbewerb nicht anbieten würde.[612]

Wie aus der Darstellung der Schadenswirkungen des Behinderungsmissbrauchs in § 2 hervorgeht, kann die Anwendung von wirtschaftlichen Methoden und Techniken für die Schadensermittlung in der Praxis sehr kompliziert sein. Der Grund liegt zunächst darin, dass der Behinderungsmissbrauch in der Regel in mehreren Phasen stattfindet.[613] So ist das kontrafaktische Szenario ohne Behinderungsmissbrauch nur kompliziert zu konstruieren. Im Vergleich zu der Schadensermittlung bei Kartellen ist die Heranziehung der Vergleichsmarktmethoden bei Missbrauchsfällen zwar auch möglich, aber schwieriger. Denn diese Methoden stellen hohe Anforderungen an die Marktdaten aus dem betroffenen Markt und dem Vergleichsmarkt. Dabei ist der betroffene Markt nach der Zuwiderhandlung nicht als zeitlicher Vergleichsmarkt geeignet, wenn die Marktstruktur sich geändert hat und die Nachwirkungen nicht in kurzer Zeit abflauen können. Zudem ist ein räumlicher oder sachlicher Vergleichsmarkt mit ähnlicher Marktstruktur und Wettbewerbsbedingungen in Wirklichkeit häufig nur

611 EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Schadensersatzermittlung, S. 60.

612 Ausführlich zu den Schwierigkeiten bei der Ermittlung des kontrafaktischen Szenarios im Fall von Ausbeutungsmissbrauch, siehe *Inderst/Rigaud/Schwalbe*, in: Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung, § 7 Quantifizierung von Schäden Rn. 94ff.

613 S. oben § 2 A.II. Näheres zu der Schadensermittlung nach den verschiedenen Phasen des Behinderungsmissbrauchs siehe *Inderst/Rigaud/Schwalbe*, in: Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung, § 7 Quantifizierung von Schäden Rn. 102–111.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schwer zu finden.[614] Es ist daher regelmäßig mithilfe anderer wirtschaftlicher Methoden ein künstliches kontrafaktisches Szenario aufzubauen. Beispielsweise könnten Simulationsmodelle verwendet werden.[615] Hierbei ist die Einschätzung einer Marktsituation ohne missbräuchliches Verhalten das größte Problem. Denn es gibt viele Möglichkeiten, wie sich das marktbeherrschende Unternehmen wettbewerbskonform hätte verhalten können, was zu sehr unterschiedlichen Marktergebnissen führen kann.[616] Deshalb müssen bei der Bildung eines zuwiderhandlungsfreien Szenarios komplexe Annahmen zugrunde gelegt werden.

Bei missbräuchlichem Verhalten können den Betroffenen, insbesondere den aktuellen oder potenziellen Wettbewerbern, Schäden hauptsächlich in Form des entgangenen Gewinns im Zeitraum der Zuwiderhandlung entstehen. Der entgangene Gewinn ergibt sich aus der Differenz zwischen dem tatsächlichen Gewinn, den das betroffene Unternehmen während der Zuwiderhandlung tatsächlich erzielt hat und dem Gewinn, den es im kontrafaktischen Szenario hätte erzielen können.[617] Beispielsweise sind im Fall des Verdrängungsmissbrauchs die Einnahmen des vom Markt verdrängten Wettbewerbers im zuwiderhandlungsfreien Szenario mit den tatsächlichen Einnahmen auf dem von dem missbräuchlichen Verhalten betroffenen Markt zu vergleichen.[618] Die unmittelbaren und mittelbaren Abnehmer von marktbeherrschenden Unternehmen erleiden in den in § 2 A. II. beschriebenen Fällen der Kampfpreisunterbietung einen Schaden aufgrund der Preiserhöhungen erst in einer späteren Phase des Behinderungsmissbrauchs. Im Prinzip ist die Schadensermittlung in dieser Phase ähnlich wie im Fall eines kartellbedingten Preisaufschlages.[619] Der Schaden von Abneh-

614 Anwendungsbeispiel siehe EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Schadensermittlung, S. 65.

615 Näheres zu den Simulationsmodellen siehe EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Schadensermittlung, S. 38.

616 Dazu siehe *Inderst/Rigaud/Schwalbe*, in: Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung, § 7 Quantifizierung von Schäden Rn. 100.

617 EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Schadensermittlung, S. 64. Näheres zu den im Einzelfall geeigneten Ansätzen zur Ermittlung des entgangenen Gewinns, siehe EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Schadenermittlung, S. 64f.

618 EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Schadensermittlung, S. 65. Näheres dazu siehe *Inderst/Rigaud/Schwalbe*, in: Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung, § 7 Quantifizierung von Schäden Rn. 104f.

619 *Inderst/Rigaud/Schwalbe*, in: Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung, § 7 Quantifizierung von Schäden Rn. 107.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

mern in Form einer reduzierten Produktauswahl und eines Nutzenverlustes lässt sich allerdings nur schwer nachweisen und quantifizieren.[620]

Aber je nach den anwendbaren gesetzlichen Regelungen der Beweisführung und Beweislast werden die Geschädigten wahrscheinlich Ersatz nur für denjenigen Teile ihrer erlittenen Schäden geltend machen können, die leichter nachzuweisen und zu quantifizieren sind. Beispielsweise ist in der Praxis bei Schadensersatzklagen in den EU-Mitgliedstaaten zu beobachten, dass die vom Markt verdrängten Wettbewerber nur partiellen Schadensersatz, etwa hinsichtlich der Kosten, die aus der Reaktion auf die Behinderungspraktiken (z.B. zusätzliche Marketing-Aufwendungen) entstehen oder im Hinblick auf die Investitionskosten für den geplanten Markteintritt geltend machten.[621]

III. Möglichkeit des mehrfachen Schadensersatzes

Der Ersatz und der Umfang des ersatzfähigen Schadens stehen in einem engen Zusammenhang mit dem Anreiz für kartellrechtliche Schadensersatzklagen, welche mit einer hohen Wahrscheinlichkeit zur gerichtlichen Verfolgung führen kann.[622] Ausgehend von den Praxiserfahrungen in den USA, scheint der Mehrfachschadensersatz ein sehr mächtiges und effektives Instrument für den Geschädigten zu sein, gegen die kartellrechtswidrigen Unternehmen vorzugehen. Jedoch ist er nicht mit dem Prinzip der Vollkompensation nach der EU-Schadensersatzrichtlinie sowie mit dem Ausgleichsprinzip des deutschen Schadensersatzrechts vereinbar.[623] Ausdrücklich schreibt die EU-Schadensersatzrichtlinie in Art. 3 Abs. 3 sowie Erwägungsgrund 13 vor, dass der vollständige Ersatz nicht zu einer Überkompensation führen darf, unabhängig davon, ob es sich dabei um Strafschadensersatz, Mehrfachentschädigung oder andere Arten von Schadensersatz handelt.

Wie in § 2 aufgezeigt, bleibt der einfache Schadensersatz, der durch den Einzelnen vor Gericht geltend gemacht werden kann, weit hinter

620 *Inderst/Rigaud/Schwalbe*, in: Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung, § 7 Quantifizierung von Schäden Rn. 107.
621 EU-Kommission, Praktischer Leidfaden zur Schadensermittlung, S. 65f. Siehe auch oben § 2 A.II.
622 Vgl. auch Monopolkommission, Sondergutachten 41, Rn. 75.
623 Vgl. oben § 2 B.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dem durch den Kartellrechtsverstoß verursachten Schaden zurück. Die sogenannten „*punitive damages*" des Antitrustrechts stellen nach einer sich ausbreitenden Ansicht im Ergebnis lediglich eine Kompensationsleistung dar.[624] Nur die Form des Mehrfachschadensersatzes scheint nicht mit dem Ausgleichsprinzip vereinbar zu sein. Obwohl der Mehrfachschadensersatz ohne pönale Zwecke aus dem Abschreckungsgedanken abgeleitet wird, kann er in den kartellrechtlichen Schadensklagen zu einer besseren Kompensationsleistung beitragen. In Ermangelung eines Mehrfachschadensersatzes lässt sich der Schadensausgleich nicht ohne Weiteres in der EU und Deutschland verwirklichen.

I. Verzinsung

Die Zahlung von Zinsen ist Teil des ersatzfähigen Schadens europäischer und deutscher privater Schadensersatzklagen. Für die Verzinsung des aus dem Kartellrechtsverstoßes resultierenden Schadens, finden nach § 33a Abs. 4 S. 2 GWB die §§ 288 und 289 S. 1 BGB Anwendung.[625] Dabei beträgt grundsätzlich gemäß § 288 Abs. 1 S. 2 BGB 5 Prozentpunkte über dem von der Bundesbank veröffentlichten Basiszinssatz. Die Anwendung des erhöhten Zinssatzes von neun Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach § 288 Abs. 2 BGB auf kartellrechtliche Schadensersatzansprüche ist jedoch umstritten.[626]

Nach § 33a Abs. 4 GWB fallen die Zinsen ab dem Zeitpunkt des Eintritts des Schadens, bis zu dem Zeitpunkt der Schadenszahlung an. Bei einer mehrjährigen Verfahrensdauer können somit beträchtliche Zinszahlungen entstehen. Dadurch kann die Gewährung von Zinsen der Kompensation und Verstärkung der Abschreckungswirkung dienen.[627] Um dies zu veran-

624 Vgl. die zitierte statistische Untersuchung in § 2 C.IV. Vgl. auch *Lande*, 54 Ohio State Law J. 115 (1993), 122; *C. Jones*, 16 Loyola Consum. Law Rev. 409 (2004), 423–425.

625 Die Verzinsung ist im GWB erst seit der 7. GWB-Novelle in § 33 Abs. 3 S. 4 und 5 a.F. geregelt.

626 Nach der Rechtsprechung ist die Anwendung des erhöhten Zinssatzes nach § 288 Abs. 2 BGB bei kartellrechtlichen Schadensersatzansprüchen in der Regel auf Fälle beschränkt, in denen ein Unternehmen seine marktbeherrschende oder marktstarke Stellung missbraucht hat und dadurch ein Missbrauchsopfer zu einer Entgeltforderung gezwungen wurde. Siehe BGH v. 6.11.2013, NZKart 2014, 31 Rn. 71 – *VBL-Gegenwert*. Gegen die Anwendung des § 288 Abs. 2 BGB argumentiert *Franck*, in: Immenga/Mestmäcker, § 33a GWB Rn. 139.

627 Die Verzinsungspflicht wird als abschreckend angesehen. Siehe *Lübbig*, in: MüKo GWB, 1. Aufl., § 33, Rn. 112.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schaulichen, wird an dieser Stelle auf eine von *C. Jones* vorgenommene Berechnung des Schadensersatzes, basierend auf einem hypothetischen Fall, Bezug genommen: Die Schäden fallen gleichmäßig in Höhe von 2,5 Mio. € pro Kalenderquartal über einen Zeitraum von zehn Jahren ab Schadensbeginn bis zum Verurteilungszeitpunkt an. Eine nominale Schadenssumme von 100 Mio. € führt auf der Grundlage eines jährlich berechneten Zinses in Höhe von 7 % zu einem Schadensersatz in Höhe von 147,8 Mio. €. Dies stellt fast die 1,5-fache Schadenssumme dar. Bei einem Zinssatz von 14 % pro Jahr ergibt sich ein Schadensersatz von 220,4 Mio. €, was etwa dem 2,2-fachen des Schadens entspricht.[628]

Der Kreis der Anspruchsberechtigten in Bezug auf Schadensersatzklagen ist in Deutschland weiter als in den USA. Wenn der Schadensersatzanspruch mehrerer Vertriebsstufen nach den europäischen und deutschen Vorgaben wirksam umgesetzt würde, wäre die Summe der Vollentschädigung der Geschädigten nicht weniger als die des US rechtlichen Dreifachschadensersatzes, der nur einer begrenzter Gruppe von Geschädigten offensteht. Theoretisch könnte man mit einer Vollkompensation einen ähnlichen Effekt wie mit dem Mehrfachschadensersatz erzielen. Aber in der Realität werden nicht sämtliche Geschädigte den ihnen zustehenden Schadensersatzanspruch vor Gericht geltend machen, geschweige denn den vollständigen Ersatz bekommen. Auch in den üblichen Fällen ist die volle Schadenskompensation einschließlich der Zinsen nicht so hoch und abschreckend wie Mehrfachschadensersatz.

2. Differenzierte Multiplikatoren des Schadensersatzes

Wenn der Abschreckungszweck für kartellrechtliche Schadensersatzklagen anerkannt würde, müssten die Faktoren, die auf die Verhinderung zukünftiger Zuwiderhandlungen abzielen, bei der Feststellung des Schadensersatzes berücksichtigt werden, sodass der Schadensersatz nicht mehr nur auf den tatsächlich erlittenen und nachweisbaren Schaden beschränkt wäre. Zu den relevanten Faktoren zählen vor allem der erwartete wirtschaftliche Vorteil aus den wettbewerbswidrigen Praktiken, die Aufdeckungs- und Verurteilungswahrscheinlichkeit der Zuwiderhandlung. Von Interesse ist zudem, inwieweit die Verfolgung des Abschreckungsziels Raum für eine Erhöhung des Schadensersatzes lassen kann. Dabei sollte auch die Balance zwischen Effektivität und Gerechtigkeit berücksichtig werden, damit der Mehrfach-

628 *C. Jones*, in: European competition law annual 2001 (2003), S. 95, 104f.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schadensersatz nicht zur übermäßigen Abschreckung und uferlosen Haftung der vermeintlich gegen Wettbewerbsrecht verstoßenden Unternehmen führt.

Mehrfachschadensersatz stellt eines der effektivsten Mittel zur Förderung der privaten Durchsetzung des Kartellrechts dar. Es stellt sich nun die Frage, wie hoch der Faktor für diese Form des Schadensersatzes angesetzt werden kann. Im Sondergutachten zur 7. GWB-Novelle hat die Monopolkommission vorgeschlagen, dass der durch wettbewerbswidriges Verhalten Geschädigte den doppelten Ersatz des erlittenen Schadens verlangen darf. Neben der Gewährung von Zinsen sei dieser Ersatzbetrag ausreichend.[629] Dieser Ansicht ist insofern zuzustimmen, als sie einen Mehrfachschadensersatz in Kombination mit einer Zinszahlungspflicht nach deutschem Vorbild fordert. Ein pauschaler Zweifach- oder Dreifachschadensersatz ist hingegen nach den hier vorgetragenen Erwägungen nicht zu empfehlen. Vielmehr wird folgend die Möglichkeit eines differenzierten Faktors für den Schadensersatz diskutiert, der sich nach der Art der wettbewerbsbeschränkenden Praktiken richtet.[630]

a. Mehrfachschadensersatz für horizontale Hardcore-Kartelle

Im Grünbuch findet sich die Aussage, dass eine Verdoppelung des Schadensersatzes für horizontale Hardcore-Kartelle erwogen werden könne.[631] Der doppelte Schadensersatz scheint ein vernünftiger Betrag zu sein, da das Kartell in der Regel eine enorme Schadenswirkung verursacht, oft geheim gehalten wird und schwierig aufzudecken ist.

Die meisten Follow-on-Schadensersatzklagen werden aber im Anschluss an abgeschlossene Bußgeldverfahren gegen Kartelle erhoben. Der doppelte Schadensersatz kann bei Follow-on-Klagen Bedenken aufwerfen. Zum einen führt der doppelte Schadensersatz zur Besorgnis, dass ein *Overenforcement* stattfindet, weil das Kartellunternehmen bereits mit hohen Geld-

629 Monopolkommission, Sondergutachten 41, Rn. 83.

630 Befürworter eines differenzierten Multiplikators für den Schadensersatz: *Wagner*, AcP 2006, 352, 464f.; *Wagner*, Schadensersatz bei Kartelldelikten, No 2007-1-1187, German Working Papers in Law and Economics, S. 30f., abrufbar unter https://EconPapers.repec.org/RePEc:bep:dewple:2007-1-1187. Ähnliche Vorschläge im Kontext des US-amerikanischen Antitrustrechts, siehe *Connor/Lande*, 100 Iowa Law Rev. 1997 (2015), 2017f.; *Cavanagh*, 41 Loyola Univ. Chicago Law J. 629 (2010), 644.

631 EU-Kommission, Grünbuch, S. 7f.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bußen bestraft wurde. Dem lässt sich die Bewertung des Folgenabschätzungsberichts des Weißbuchs entgegenhalten, nachdem ein Zweifachschadensersatz eine mögliche Vollkompensation und zugleich eine geeignete Abschreckungswirkung erzielen würde, ohne das Risiko einer übermäßigen Belastung zu begründen.[632] Auf der anderen Seite wurden Bedenken geäußert, dass das Kronzeugenprogramm gefährdet würde, da sich das mitwirkende Unternehmen in einer Follow-on-Schadensersatzklage in einer ungünstigen Stellung befinden würde. Teilweise dem Vorbild der USA folgend, wo der eigentliche Dreifachschadensersatz auf einen einfach Schadensersatz nach dem Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act von 2004 reduziert wird, wenn der Beklagte an einem Kronzeugenprogramm teilgenommen und mit dem Kläger kooperiert hat, hat *Ackermann* eine Lösung für die Ausräumung der Bedenken vorgeschlagen, wonach das Kartellunternehmen mit einer Reduzierung auf den einfachen Schadensersatz belohnt werde, wenn es am Kronzeugenprogramm teilnimmt.[633] Dieser Vorschlag wird hier geteilt. Für horizontale Hardcore-Kartelle ist mithin ein Mehrfachschadensersatz in doppelter Höhe zu implementieren, welcher für das Kronzeugenunternehmen auf den einfachen Schadensersatz reduziert wird.

b. Mehrfachschadensersatz für missbräuchliche Verhaltensweisen

Es gibt viele Fallgruppen missbräuchlicher Verhaltensweisen, weshalb die Festlegung eines einheitlichen Faktors für den Mehrfachschadensersatz eigentlich nicht möglich ist. Der dem Geschädigten entstandene Schaden besteht hauptsächlich in Form von entgangenem Gewinn, dessen genaue Berechnung aufgrund der Komplexität der Konstruktion des kontrafaktischen Szenarios sehr schwierig ist.[634] Angesichts der großen negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb und die Marktstruktur wird deshalb eine grundsätzliche Verdopplung des Schadensersatzes empfohlen.[635] Auch im

632 EU-Kommission, Impact assessment report, S. 41f.
633 *Ackermann*, ZWeR 2010, 329, 349.
634 Vgl. oben S. 197f.
635 Auch in diesem Sinne wird davon ausgegangen, dass der Dreifachschadensersatz den Geschädigten eine größere Wahrscheinlichkeit bietet, in Fällen des Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung eine angemessene Entschädigung zu erhalten. Siehe *Cavanagh*, 41 Loyola Univ. Chicago law J. 629 (2010), 632.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Interesse einer stärkeren Motivation zur Klageerhebung ist es überlegenswert, den Schadensersatz zu erhöhen.

c. Einfacher Schadensersatz für vertikale Vereinbarung

Für vertikale Absprachen bedarf es keines gesonderten Faktors, sodass es bei dem einfachen Schadensersatz bleiben sollte. Dies folgt daraus, dass sich die Durchsetzung der kartellrechtlichen Ansprüche, aufgrund des Informationsvorteils des Klägers, in diesen Fällen im Vergleich zu anderen Wettbewerbsfällen als günstiger darstellt.[636] Ein Mehrfachschadensersatz könnte zudem dazu führen, dass der drohende erhöhte Schadensersatz als Druckmittel bei Vertragshandlungen oder Vertragserfüllungen strategisch eingesetzt und missbraucht wird. Bei der vertikalen Vereinbarung ist deshalb besonders aufzupassen, dass die Rechtsdurchsetzung nicht vor wettbewerbskonformen Verhalten abschreckt.

Trotz der Ablehnung des Mehrfachschadensersatzes für diese Konstellation des Wettbewerbsverstoßes, ist die Möglichkeit einer Schadenspauschalierung dann eröffnet, wenn die Schadensermittlung objektiv äußerst schwierig oder nicht möglich ist, um so weiterhin eine aktive private Durchsetzung in dieser Fallgruppe aufrechtzuerhalten und die Abschreckungswirkung zu erzielen.

d. Zwischenfazit

Die soeben dargestellten differenzierten Ansätze können als Orientierung für die Etablierung eines wirksameren Schadensersatzes dienen, wobei der geeignete Faktor des jeweiligen Mehrfachschadensersatzes unbedingt noch auf der Grundlage empirischer und wirtschaftlicher Studien zu ermitteln ist.

E. Fazit: Zentrale Bedeutung der Schadensersatzklagen

Der Schadensersatzanspruch stellt ein nützliches Rechtsinstitut zur Verfügung, um gegen alle Arten von kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen

636 *Wagner*, Schadensersatz bei Kartelldelikten, No 2007-1-1187, German Working Papers in Law and Economics, S. 31, abrufbar unter https://EconPapers.repec.org/RePEc:bep:dewple:2007-1-1187.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

vorzugehen. Im Vergleich zu den zuvor erörterten Instituten wirft die Schadensersatzklage aber beginnend mit der Anspruchsberechtigung bis hin zur Schadensermittlung auch die meisten Fragen auf. Auf dem Weg zur erfolgreichen Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs sind viele Schwierigkeiten zu überwinden. Da der Schadensersatz den größten Anreiz zur privaten Durchsetzung schafft, müssen weitere Maßnahmen ergriffen werden, um die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs zu verbessern. Ist zu diesem Zweck eine Erhöhung der kartellzivilrechtlichen Sanktion erforderlich, so ist die beste und wirksamste Möglichkeit eine Erhöhung des Ersatzbetrags für den erlittenen Schaden.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

§ 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.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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 Rechtsverhältnis 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 *Pißler,* 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 *Pißler,* 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.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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 begründet[647] 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.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

a. Schadensersatzklagen von unmittelbaren Abnehmern[658]

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.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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 Preisaufschlag 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 Preisaufschlags oder auch auf ihren Umfang beziehen kann.[666] Jedenfalls kann der Umfang des weitergegebenen Preisaufschlags 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 Preisaufschlag 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.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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 Selbstdisziplinärvereinbarung 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*.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(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.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2011-04/26/content_26388.htm?div=-1.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

„[1]Der Geschädigte muss die Beweislast tragen, dass die vorgeworfene Vereinbarung eine den Wettbewerb ausschließende oder beschränkende Wirkung aufweist. [2]Stellt 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. [3]Dem 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 Huierxun 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 Huierxun Technology Co.,Ltd vs. Shenzhen Pest Control Association* (letzte Instanz).

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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.*

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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 wettbewerbsschädlich 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 gelgen 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 –

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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 Freistellungsvoraussetzungen 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 erschwerte. Dies würde im Ergebnis die Anwendung des § 15 AMG a.F. ausschließen.[682]

Im Gegensatz dazu behandelt die Antimonopolbehörde die vertikale Monopolvereinbarungen 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 Antimonpolbehörde annähern müssen.

Hanyang Guangming Trade Company vs. Hankook Tires Sales Company (erste Instanz); Shanghei 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.*

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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).

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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).

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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).

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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 Technolody 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).

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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 Markbeherrschung 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).

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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 überschnitten.

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.*

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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).

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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).

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

handlungen eigenständig klageweise[709]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 Anspruchssteller 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.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

onsanspruch 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.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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 *Rehbinder*, 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*, JXCJDXXB 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.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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 unterscheide, 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 – *Yan'an 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).

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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 vernünftigere

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

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Lösung für das chinesische Antimonpolrecht. 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.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY - https://www.nomos-elibrary.de/agb

§ 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.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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 Mehrfachschadensersatz 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.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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 Paragraf im AMG, der die zivilrechtliche Haftung des Rechtsverletzers normiert, enthält keine

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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 Antimonpolrecht 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, Beweislasterleichterungen und Offenlegungspflichten von Beweismitteln Schritt für Schritt durchgeführt werden.[750]

750 Zu den Vorschlägen s. oben § 6 D.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Literaturverzeichnis

Ackermann, Thomas: Prävention als Paradigma: Zur Verteidigung eines effektiven kartellrechtlichen Sanktionssystems, ZWeR 2010, 329–352.

– Wettbewerbsschutz durch Privatrecht, in: Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert – Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag (Hrsg. Auer/Grigoleit), Berlin, Boston 2017, S. 1057–1084

Ackermann, Thomas/Franck, Jens-Uwe: Umfang der Schadensersatzhaftung von Kartellteilnehmern – Anmerkung zu BGH, Urteil vom 28. 6. 2011 KZR 75/10 (OLG Karlsruhe) ORWI, GRUR 2012, 291–300.

Ahl, Björn, Bestimmungen des Obersten Volksgerichts über die Justizauslegung, ZChinR 2007, 322–327.

– Die Justizauslegung durch das Oberste Volksgericht der VR China – Eine Analyse der neuen Bestimmungen des Jahres 2007, ZChinR 2007, 251–258.

An, Jian (Hrsg.): Erläuterungen zum Antimonopolgesetz der VR China von Rechtsarbeitskommission des Ständigen Ausschusses des Nationalen Volkskongresses, Beijing 2007 (zit. Erläuterungen zum AMG der Rechtsarbeitskommission).

Bach, Albrecht/Wolf, Christoph: neue Instrumente im Kartellschadensersatzrecht – Zu den Regeln über Offenlegung, Verjährung und Bindungswirkung, NZKart 2017, 285–294.

Baker, Donald I.: Revisiting history – what have we learned about private antitrust enforcement that we would recommend to others?, Loyola Consum. Law Rev. 16 (2004), 379–408.

Bechtold, Rainer/Bosch, Wolfgang, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 9. Aufl. 2019, München (zit. Bechtold/Bosch).

Becker, Gary S.: Crime and punishment: An economic approach, J. Polit. Econ. 76 (1968), 169–217.

Becker, Rainer: Kartellrechtliche Schadensersatzklagen à l'américaine, in: Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadensersatzklagen (Hrsg. Möschel/Bien), Baden-Baden 2010, S. 37–66.

Beth, Hannes/Pinter, Cora-Marie: Preisschirmeffekte : Wettbewerbsökonomische Implikationen für kartellrechtliche Bußgeld- und Schadensersatzverfahren, WuW 2013, 228–236.

Bien, Florian: Der Anspruch der Verbraucherverbände und Verbände der Marktgegenseite auf Unterlassung, Beseitigung und Vorteilsabschöpfung, in: Das deutsche Kartellrecht nach der 8. GWB-Novelle (Hrsg. Bien), Baden-Baden 2013, S. 329.

Boyer, Marcel/Kotchoni, Rachidi: How Much Do Cartel Overcharge?, Rev. Ind. Organ. 47 (2015), 119–153.

Breit, William/Elzinga, Kenneth G.: Private antitrust enforcement: the new learning, J. Law Econ. 28 (1985), 405–433.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Brinker, Ingo/Balssen, Jan Christoph: von Crehan zu Manfredi – Grundlage eines Kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs, in: Recht und Wettbewerb – Festschrift für Rainer Bechtold zum 65. Geburtstag (Hrsg. Brinker/Scheuing/Stockmann), München 2006, S. 69–80.

Bu, Yuanshi: die Kodifikation des chinesischen Zivilgesetzbuches – ausgewählte Fragen, ZChinR 2017, 183–202.

Bulst, Friedrich Wenzel: Schadensersatzansprüche der Marktgegenseite im Kartellrecht – Zur Schadensabwälzung nach deutschem, europäischem und US-amerikanischem Recht, Baden-Baden 2006.

Buntscheck, Martin: Private Enforcement in Deutschland: Einen Schritt vor und zwei Schritte zurück, WuW 2013, 947–958.

Cavanagh, Edward: The Private Antitrust Remedy: Lessons from the American Experience, Loyola Univ. Chicago law J. 41 (2010), 629–649.

Cheng, Xiao: Chinese Tort Law (侵权责任法), Beijing, 2015.

Collins, Wayne/Sunshine, Steven C.: is private enforcement effective Antitrust policy?, in: Procedure and enforcement in E.C. and U.S. competition law (Hrsg. Slot/McDonnell), London 1993, S. 50–60.

Connor, John M./Lande, Robert H.: Cartel Overcharges and Optimal Cartel Fines, in: Issues in Competition Law and Policy, Volume 3 (Hrsg. ABA Section of Antitrust Law), Chicago 2008, S. 2203–2218.

Connor, John M./Lande, Robert H.: Not treble damages: Cartel recoveries are mostly less than single damages, Iowa Law Rev. 100 (2015), 1997–2023.

Connor, John M./Lande, Robert H.: Cartels as rational business strategy: crime pays, Cardozo Law Rev. 34 (2012), 427–490.

Connor, John M: Global Price Fixing, 2. Aufl., Berlin 2008 (zit. Global Price Fixing).

Cui, Jianyuan: Sachenrecht (物权法), 3. Aufl., Beijing 2014 (zit. Sachenrecht).

Dai, Bin: Private enforcement in Anti-monopoly litigation (反垄断私人诉讼制度研究), Beijing 2017 (zit. Anti-monopoly litigation).

Dai, Bin/Lan, Lei: Die rechtsvergleichende Untersuchung zum privaten Rechtsschutz im Antimonopolrecht (反垄断法民事救济制度比较研究), Beijing 2010.

Dai, Yiting: Study on the rules of evidence in the monopoly civil dispute cases (垄断民事纠纷案件证据适用的若干问题分析), DZZSCQ 1 (2014), 85–92.

Davis, Joshua P./Lande, Robert H.: Towards an Empirical and Theoretical Assessment of Private Antitrust Enforcement, Seattle Univ. law Rev. 36 (2013), 1269–1335.

Chen, Yunliang: Civil Public Interest Litigation in Anti-monopoly Field: Approach to Consumers' Relief (反垄断民事公益诉讼：消费者遭受垄断损害的救济之路), XDFX 5 (2018), 130-144.

Ding, Yijie/Klages, Nils/Leibküchler, Peter/Pißler, Knut Benjamin: Zivilgesetzesbuch der Volksrepublick China, ZChinR 2020, 207-417.

Dong, Yiliang/Liu, Hongyan/Pißler, Knut Benjamin: the 2011 Regulation on the Causes of Civil Action of the Supreme People's Court of the People's Republic of China, Berlin 2011.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Drexl, Josef: Zur Schadensersatzberechtigung unmittelbarer und mittelbarer Abnehmer im europäisierten Kartelldeliktsrecht, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag (Hrsg. Heldrich/Prölss/Koller), München 2007, S. 1339–1365.

Elzinga, Kenneth G/Breit, William: The Antitrust Penalties: A Study in Law and Economics, New Haven/London 1976 (zit. Antitrust Penalties).

Fang, Xiaomin/Li, Chun/Yang, Juan: Übersetzung des deutschen GWB (2005), in: Jahrbuch des Deutsch-Chinesischen Instituts für Rechtswissenschaft der Universitäten Göttingen und Nanjing (Hrsg. Fang, Xiaomin), Band 4, Nanjing 2006, S. 261–314.

Fei, Lanfang/Ma, Chunkai: Unbalance and correction of anti-monopoly civil and administrative responsibilities (反垄断民事和行政责任的失衡和矫正), JZZCYJ 5 (2022), 59–68.

Feng, Bo/Yang, Tong: Construction and implementation of anti-monopoly class action in China (我国反垄断集体诉讼制度的构建与实施), ZZXK 6 (2018), 58–61.

Feng, Haibo/Chen, Cong: Die Verjährung der antimonopolrechtlichen Zivilklagen (反垄断民事纠纷案件的诉讼时效), RMSF·Application 7 (2010), 79–82.

Franck, Jens-Uwe: Marktverhältnisse als Gegenstand vorvertraglicher Informationsordnung Vom Recht, Kartellrechtsbrüche zu verschweigen, AcP 213 (2013), 222–265.

– Weitergabe von Kartellschaden und Vorteilsausgleich, WRP 2011, 843–852.

Franck, Jens-Uwe:/Peitz, Martin: Toward a Coherent Policy on Cartel Damages, ZEW Discussion Paper No. 17-009, abrufbar unter http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp17009.pdf (zuletzt abgerufen am 30.10.2022).

Friederiszick, Hans W./Röller, Lars Hendrik: Quantification of harm in damages actions for antitrust infringements: Insights from German cartel cases, J. Compet. Law Econ. 6 (2010), 595–618.

Fritzsche, Alexander: Der Beseitigungsanspruch im Kartellrecht nach der 7. GWB-Novelle, WRP 2006, 42–54.

Fuchs, Andreas: Ausschluss oder Zulassung des Einwands der Schadensabwälzung? – Plädoyer für eine differenzierte Beurteilung der passing-on defense bei Schadensersatzklagen wegen Kartellverstößen, ZWeR 9 (2011), 192–217.

Fuchs, Andreas/Weitbrecht, Andreas (Hrsg.): Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung, München 2019 (zit. *Bearbeiter*, in: Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung).

Gemeinschaftskommentar: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, § 19 GWB, 5. Aufl., 4. Lfg. 2001, Köln (zit. *Bearbeiter*, in: Gemeinschaftskommentar).

Godek, Paul E.: Does the Tail Wag the Dog? Sixty Years of Government and Private Antitrust in the Federal Courts, Antitrust Source v. 12.2009, abrufbar unter http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/Dec09_FullSource.authcheckdam.pdf [https://perma.cc/TAY9-E8JS] (zuletzt abgerufen am 30.10.2022).

Göckler, Till: Die Klagebefugnis vertikaler Wirtschaftsverbände – Auf der Suche nach dem Schutz der sonstigen Marktteilnehmer im Wettbewerbsrecht, WRP 2016, 434–439.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Gresbrand, Alexander/Martinek, Madeleine/Odom, Thomas/Rotermund, Nina/Will, Ronja: Gesetz der Volksrepublik China zum Schutz der Rechte und Interessen von Verbrauchern, ZChinR 2014, 69–85.

Harberger, Arnold C: Monopoly and Resource Allocation, Am. Econ. Rev. 44 (1954), 77–87.

Haucap, Justus/Stühmeier, Torben: Wie hoch sind durch Kartelle verursachte Schäden: Antworten aus Sicht der Wirtschaftstheorie, WuW 2008, 413–424.

Heinemann, Andreas: Access to Evidence and Presumptions – Communicating Vessels in Procedural Law, in: Public and Private Enforcement of Competition Law in Europe, Legal and Economic Perspectives (Hrsg. Hüschelrath/Schweitzer), Berlin, Heidelberg 2014, S. 167–191.

Hellwig, Martin: Private Damage Claims and the Passing – On Defense in Horizontal Price-Fixing Cases : An Economist's Perspective, in: Private Enforcement of EC Competition Law (Hrsg. Basedow), Alphen aan den Rijn 2007, S. 121–162.

Hempel, Rolf: Privater Rechtsschutz im Kartellrecht, Baden-Baden 2002 (zit. Privater Rechtsschutz).

– Privater Rechtsschutz im deutschen Kartellrecht nach der 7. GWB-Novelle, WuW 42004, 362–374.

– Private Follow-on-Klagen im Kartellrecht, WuW 2005, 137–146.

He, Zhonglin/Zhu, Li: Untersuchung zu den grundlegenden Problemen in den Kartellzivilklagen – eine Zusammenfassung des Symposiums über kartellrechtliche Zivilklagen (反垄断民事诉讼基本问题探索——反垄断民事诉讼课题研讨会暨司法解释座谈会会议综述), People's Court Daily v. 6.8.2009.

Hou, Liyang: Localized enforcement against retail price maintenance: Conflictive theories, enforcement diversity and possible solutions (转售价格维持的本土化探析：理论冲突、执法异化与路径选择), FXJ 6 (2016), 70–83.

Hovenkamp, Herbert: Whatever did happen to the antitrust movement?, Notre Dame Law Rev. 94 (2019), 583–638.

– The antitrust enterprise: principle and execution, Cambridge 2008 (zit. The antitrust enterprise).

Hüschelrath, Kai/Peyer, Sebastian: Public and Private Enforcement of Competition Law – A Differentiated Approach, World Competition 36 (2013), 585–613.

Inderst, Roman/Maier-Rigaud, Frank P./Schwalbe, Ulrich: Umbrella effects, J. Compet. Law Econ. 10 (2014), 739–763.

Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht (Hrsg. Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder/Kulka), 96. EL Stand, Köln (zit. *Bearteiter*, in: FK).

Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.): Wettbewerbsrecht, München

– Band 1, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 6. Aufl. 2019 (zit. *Bearbeiter*, in: Immenga/Mestmäcker, AEUV).

– Band 2, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 5. Aufl. 2014 (zit. *Bearbeiter*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 5. Aufl.).

– Band 2, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 6. Aufl. 2020 (zit. *Bearbeiter*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB).

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

– Band 3, Fusionskontrolle Kommentar zum Europäischen und Deuschen Kartellrecht, 6. Aufl. 2020 (zit. *Bearbeiter*, in: Immenga/Mestmäcker, FKVO).

Inderst, Roman/Thomas, Stefan: Schadensersatz bei Kartellverstößen, 2018, Freiburg (zit. Schadensersatz bei Kartellverstößen).

Jiang, Yanbo/Yu, Ling: Die kartellzivilrechtlichen Klagen in China: Herausforderungen und Entwicklungen (我国反垄断民事诉讼制度面临的挑战及其变革), JXSHKX 4 (2011), 161–166.

Jones, Alison: Private enforcement of EU competition law: a comparison with, and lessons from, the US, in: Harmonising EU competition litigation: the new directive and beyond (Hrsg. Bergström/Iacovides/Strand), Oxford 2016, S. 15–41.

Jones, Clifford A.: A new dawn for private competition law remedies in Europe? Reflections from the USA, in: European competition law annual 2001: effective private enforcement of EC Antitrust law (Hrsg. Ehlermann/Atanasiu), London 2003, S. 95–108.

– Private enforcement of antitrust law in the EU, UK and USA, Oxford 1999 (zit. Private enforcement in the EU, UK and USA).

– Exporting Antitrust courtrooms to the world : private enforcement in a global market, Loyola Consum. Law Rev. 16 (2004), 409–430.

– Private Antitrust Enforcement in Europe: A Policy Analysis and Reality Check, World Competition 27 (2004), 13–24.

Kalkbrenner, Birgit/Pißler, Knut Benjamin: Einige Bestimmungen des Obersten Volksgerichts über den Beweis im Zivilprozess, ZChinR 2003, 158-174.

Kamann, Hans-Georg/Ohlhoff, Stefan/Völcker, Sven (Hrsg.): Kartellverfahren und Kartellprozess, München 2017 (zit. *Bearbeiter*, in: Kartellverfahren und Kartellprozess).

Kersting, Christian: Perspektiven der privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht, ZWeR 2015, 252–271.

Kersting, Christian/Podszun, Rupprecht (Hrsg.): Die 9. GWB-Novelle, 2017, München (zit. *Bearbeiter*, in: Die 9. GWB-Novelle).

Kirchhoff, Wolfgang: Der Beitrag des BGH zum private enforcement im Kartellrecht, WuW 2017, 487–492.

Koch, Harald: Die Präventions- und Steuerungswirkung des Schuld- und Wettbewerbsrechts: Vertrags-, delikts- und wettbewerbsrechtliche Instrumente zur Kontrolle wirtschaftlicher Tätigkeit, JZ 1999, 922–930.

Koch, Jens: Kartellrechtliche Schadensersatzansprüche mittelbar betroffener Marktteilnehmer nach § 33 GWG n.F., WuW 2005, 1210–1221.

Komninos, Assimakis/Beckert, Walter/van Damme, Eric/Dewatripont, Mathias/Franks, Julian/ten Kate, Adriaan/Legros, Patrick: Quatifying antitrust damages: Towards non-binding guidance for courts, 2009, abrufbar unter https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf (zuletzt abgerufen am 30.10.2022, zit. Oxera-Studie).

Kong, Xiangjun, die Interpretation und Anwendung der OVG-AMG-Bestimmungen (《最高人民法院关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》的理解与适用), Beijing 2012.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Kölner Kommentar zum Kartellrecht (Hrsg. Busche/Röhling), Band 1: Deutsches Kartellrecht §§ 1-34a, München 2017 (zit. *Bearbeiter*, in: KK).

Krüger, Hans-Wilhelm: öffentliche und private Durchsetzung des Kartellverbots von Art. 81 EG - eine rechtsökonomische Analyse, Wiesbaden, 2007.

Lahme, Rüdiger: Die Eignung des Zivilverfahrens zur Durchsetzung des Kartellrechts: eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des zivilprozessualen Beweisrechts, Baden-Baden, 2010.

Langen, Eugen/Bunte, Hermann-Josef (Hrsg.): Kartellrecht, München

– Band 1, Deutsches Kartellrecht, 13. Aufl. 2018 (zit. *Bearbeiter*, in: Langen/Bunte, GWB).

– Band 1, Deutsches Kartellrecht, 12. Aufl. 2014 (zit. *Bearbeiter*, in: Langen/Bunte, GWB, 12. Aufl.).

– Band 2, Europäisches Kartellrecht, 13. Aufl. 2018 (zit. *Bearbeiter*, in: Langen/Bunte, AEUV).

– Band 2, Europäisches Kartellrecht, 10. Aufl. 2006 (zit. *Bearbeiter*, in: Langen/Bunte, AEUV, 10. Aufl.).

Lande, Robert H.: Class Warfare: Why Antitrust Class Actions Are Essential for Compensation and Deterrence, Antitrust 30 (2016), 81–85.

Lande, Robert H.: Are Antitrust "Treble" Damages Really Single Damages?, Ohio State Law J. 54 (1993), 115–174.

Lande, Robert H./Davis, Joshua P.: Benefits from Private Antitrust Enforcement: An Analysis of Forty Cases, Univ. San Fr. Law Rev. 42 (2008), 879–918.

Landes, William M.: Optimal Sanctions for Antitrust Violations, Univ. Chicago Law Rev. 50 (1983), 652–678.

Lange, Hermann: Handbuch des Schuldrechts: Schadensersatz, 2. Aufl., Tübingen 1990 (zit. Schadenseratzrecht).

Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts Band I: Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987 (zit. Schuldrecht AT).

Levi, Edward Hirsch: The Antitrust Laws and Monopoly, Univ. Chicago Law Rev. 14 (1947), 153–183.

Li, Guohai/Li, Yunmei: On the relation of the damage compensation system between Anti-monopoly law and civil law (论反垄断法损害赔偿制度与民法的关系), JJFLC 14 (2008), 125–147.

Li, Jian: Die Probleme der kartellrechtlichen Zivilklagen und die Entwicklung der behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung (反垄断私人诉讼困境与反垄断执法 的管制化发展), FXYJ 5 (2011), 70–83.

Liu, Xiaoxiao/Pißler, Knut Benjamin: Erläuterungen des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen der Rechtsanwendung bei der Behandlung von Streitfällen zu Technologieverträgen, ZChinR 2011, 44–59.

Liu, Yinshuang: Analyse der zivilrechtlichen Haftung im chinesischen Antimonopolgesetz (浅析我国反垄断法中的民事责任), NJSHKX 1 (2009), 105–110.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Loewenheim, Ulrich/Meessen, Karl M./Riesenkampff, Alexander/Kersting, Christian/Meyer-Lindemann, Hans Jürgen (Hrsg.): Kartellrecht, 3. Aufl., München 2016 (zit. *Bearbeiter*, in: LMRKM, 3. Aufl.).

Logemann, Hans Philip: Der kartellrechtliche Schadensersatz, Berlin 2009.

Lorenz, Moritz/Liu, Xu: Der Unternehmensbegriff des chinesischen Kartellrechts, RIW 2009, 33–43.

Lovell, Michael C.: Are treble damages double damages?, J. Econ. Bus. 34 (1982), 263–268.

Lübbig, Thomas/Mallmann, Roman A.: Zivilprozessuale Folgen des ORWI-Urteils des BGH zur kartellrechtlichen „Passing-on-Defence", WRP 2012, 166–172.

McAfee, R. Preston/Vakkur, Nicholas V.: The Strategic Abuse of the Antitrust Laws, 2004, abrufbar unter: https://ssrn.com/abstract=594581 (zuletzt abgerufen am 30.10.2022).

Mao, Shauwei: Discrimination of related terms of defensive claims (防御性请求权相关语词使用辨析), FX 4 (2016), 23–34.

Mao, Xiaofei/Glass, Tobias: Das chinesische Antimonopolgesetz im Lichte des deutschen Kartellrechts, ZWeR 2008, 88–108.

Masseli, Markus: Das Antimonopolgesetz der Volksrepublik China, ZChinR 2007, 259–277.

McAfee, R Preston/Mialon, Hugo M./Mialon, Sue H.: Private v. public antitrust enforcement: A strategic analysis, J. Public Econ. 92 (2008), 1863–1875.

Meeßen, Gero: Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht – Konturen eines Europäischen kartelldeliktsrechts?, Tübingen 2011.

Meng, Yan bei: What is the Anti-monopoly law "against" in the digital economy – From the perspective of "legislative objectives" (数字经济时代反垄断"反什么"——以《反垄断法》立法目标切入), TSYZM 7 (2022), 47–55.

Mesenbrink, Lars: Das Antimonopolgesetz der VR China im Spannungsfeld zwischen Politik und Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 2010.

Möller, Reinhard: Das Präventionsprinzip des Schadensrechts, Berlin 2006.

Montag, Frank/Rosenfeld, Andreas: A solution to the Problems? Regulation 1/2003 and the modernization of competition procedure, ZWeR 2003, 107–135.

Möschel, Wernhard: Kommentar: Erweiterter Privatrechtsschutz im Kartellrecht?, WuW 2006, 115.

Möschel, Wernhard: Behördliche oder privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts ?, WuW 2007, 483–492.

Müller, Peter: Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht, Berlin 2000.

Müller-Graff, Peter-Christian: Kartellrechtlicher Schadensersatz in neuer Versuchsanordnung, ZHR 179 (2015), 691–706.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Hrsg. Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg), München (zit. *Bearbeiter*, in: MüKo BGB)

– Band 1, §§ 1-240, 8. Aufl. 2018.

– Band 2, §§ 241-310, 8. Aufl. 2019.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht (Hrsg. Säcker/Meier-Beck/Bien/Montag), München

– Band 1, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2020 (zit. *Bearbeiter*, in: MüKo EuWettbR).

– Band 1, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2015. (zit. *Bearbeiter*, in: MüKo EuWettbR, 2. Aufl.)

– Band 2, Deutsches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2020 (zit. *Bearbeiter*, in: MüKo GWB).

Münzel, Frank (Hrsg.), Chinas Recht: Kommentierte Übersetzungen aus dem Recht der Volksrepublik China, abrufbar unter http://www.chinas-recht.de/inhalt.htm (zuletzt abgerufen am 30.10.2022, zit. Chinas Recht).

Nebbia, Paolisa: Damages actions for the infringement of EC competition law: compensation or deterrence?, Eur. Law Rev. 33 (2018), 23–43.

Page, William H.: Antitrust Damages and Economic Efficiency: An Approach to Antitrust Injury, Univ. Chicago Law Rev. 47 (1980), 467–504.

Peyer, Sebastian: Comparative Private Enforcement & Consumer Redress in the EU–Germany, abrufbar unter http://www.clcpecreu.co.uk/pdf/final/ Germany%20report.pdf (zuletzt abgerufen am 30.10.2022, zit. Peyer report (2014)).

Pißler, Knut Bejamin, Bestimmung des Obersten Volksgerichts zur Arbeit der Anleitung mit Fällen, ZChinR 2012, 33–34.

Pißler, Knut Bejamin, 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 (zuletzt abgerufen am 30.10.2022).

Podszun, Rupprecht/Kreifels, Stephan: Kommt der Ausforschungsanspruch ? – Anmerkungen zum geplanten § 33 g GWB, GWR 2017, 67–72.

Pohlmann, Petra: Die Marktbeherrschungsvermutungen des GWB im Zivilprozeß, ZHR 164 (2000), 589–610.

Polinsky, A Mitchell/Shavell, Steven: Legal Error, Litigation, and the Incentive to Obey the Law, J. Law, Econ. Organ. 5 (1989), 99–108.

Posner, R A/Easterbrook, F H: Antitrust Cases, Economic Notes, and Other Materials, 2. Aufl., Eagan 1981 (zit. Antitrust Cases).

Posner, Richard A .: A statistical study of antitrust enforcement, J. Law Econ. 13 (1970), 365–419.

– The Antitrust Decisions of the Burger Court, Antitrust Law J. 47 (1978), 819–827.

– An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration, J. Legal Stud. 2 (1973), 399–458.

Qi, Duojun: The basic theory of economic law (经济法基础理论), 3. Aufl. Wuhan 2000 (zit. The basic theory of economic law).

RBB Economics und Cuatrecasas/Gonçalves Pereira: Study on the Passing-on of Overcharges, 2016.

Rodger, Barry J. (Hrsg.): Competition Law: Comparative Private Enforcement and Collective Redress across the EU, Alphen aan den Rijn 2014 (zit. *Bearbeiter*, in: Comparative Private Enforcement and Collective Redress across the EU).

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Roth, Wulf-Henning: Das kartelldeliktsrecht in der 7. GWB-Novelle, in: Festschrift für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag (Hrsg. Baums/Wertenbruch), Tübingen 2006, S. 1133–1171.

– Nichtigkeit von Gesellschaftsverträgen bei Verstoß gegen das europäische Kartellverbot, in: Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010: Unternehmen, Markt und Verantwortung (Hrsg. Grundmann/Haar/Merkt/Mülbert/Wellenhofer), Berlin, New York 2010, S. 2881–2900.

Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter: Zivilprozessrecht, 17. Aufl., München 2010.

Säcker, Franz Jürgen: Die privatrechtliche Dimension des Wettbewerbsrechts – Zur systematischen Harmonisierung von Vertrags- und Wettbewerbsrecht, ZWeR 2008, 348–363.

Scheffler, Arndt: Die Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen im Schadensersatzprozess in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, NZKart 2015, 223–229.

Shao, Jiandong: Übersetzung des deutschen UWG (2004), Jahrbuch des Deutsch-Chinesischen Instituts für Rechtswissenschaft der Universitäten Göttingen und Nanjing (Hrsg. Fang, Xiaomin), Band 4, Nanjing 2006, S. 249–260.

Schlobach, Klaus: Das Präventionsprinzip im Recht des Schadensersatze, Baden-Baden 2004.

Schmidt, Karsten: Kartellnichtigkeit von Folgeverträgen: alles neu seit Courage und seit der Siebenten GWB-Novelle?, in: Recht, Ordnung und Wettbewerb - Festschrift zum 70. Geburtstag von Wernhard Möschel (Hrsg. Bechtold/Jickeli/Rohe), München 2011, S. 559–578.

Schwab, Dieter, Einführung in das Bürgerliche Recht, übersetzt von Zheng, Chong, Beijing 2006.

Schwartz, Warren F.: An Overview of the Economics of Antitrust Enforcement, Georgetown Law J. 68 (1980), 1075–1102.

Schweitzer, Heike: Die neue Richtlinie für wettbewerbsrechtliche Schadensersatzklagen, NZKart 2014, 335–345.

Segal, Ilya/Whinston, Michael: Public vs . Private Enforcement of Antitrust Law : A Survey, E.C.L.R. 28 (2007), 306–315.

Shavell, Steven: The Optimal Structure of Law Enforcement, J. Law Econ. 36 (1993), 255–287.

Shi, Jianzhong: Private Durchsetzung und die Umsetzung der Ziele des Antimonopolrechts (私人诉讼与我国反垄断法目标的实现), ZGFZGC 6 (2006), 10–12.

Sidak, Joseph Gregory: Rethinking Antitrust Damages, Stanford Law Rev. 33 (1981), 329–352.

Stigler, George J: The Optimum Enforcement of Laws, J. Polit. Econ. 78 (1970), 526–536.

Stock, Christoph: Der Schadensnachweis bei Hardcore-Kartellen, Baden-Baden 2016.

Sullivan, Charles A.: Breaking up the treble play: attacks on the private treble damage antitrust action, Seton Hall Law Rev. 14 (1983), 17–73.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Sun, Xianzhong: Die Kodifikation eines Zivilgesetzbuches in China: Einige Probleme mit Blick auf die Systematisierung und Verwissenschaftlichung der Gesetzgebung, ZChinR 2017, 86–108.

Tao, Jun: Study on Beijing Court's judicial practice in Anti-monopoly civil cases (北京法院关于审理垄断纠纷案件的调查研究), JZZCYJ 4 (2017), 35–47.

Thonig, Sven: Privater Rechtsschutz gegen den Missbrauch von Marktmacht: eine Untersuchung zu zivilrechtlichen Rechtsfolgen bei Verstoß gegen Artikel 102 AEUV, §§19 Abs. 1, 2 und 20 Abs. 1, 3 GWB, Berlin 2016.

van Venrooy, Gerd J: Das Verbot unterschiedlicher Behandlung nach § 26 Abs 2 S 1 GWB im Lichte des § 134 BGB, BB 1979, 555–558.

von der Groeben, Hans/Schwarze, Jürgen/Hatje, Armin(Hrsg.): Europäisches Unionsrecht, Band 2, Art. 67 bis 105 AEUV, 7.Aufl., Baden-Baden 2015 (zit. *Bearbeiter*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje).

Vollrath, Christian: Das Maßnahmenpaket der Kommission zum wettbewerbsrechtlichen Schadensersatzrecht, NZKart 2013, 434–480.

Waelbroeck, Denis/Slater, Donald/Even-Shoshan, Gil: Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, 2004 (zit. Ashurst-Studie).

Wagner, Gerhard: Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, AcP 206 (2006), 352–476.

– Schadensersatz bei Kartelldelikten, No 2007-1-1187, German Working Papers in Law and Economics, abrufbar unter https://EconPapers.repec.org/RePEc:bep:dewple:2007-1-1187 (zuletzt abgerufen am 30.10.2022).

Wan, Zongzan: Eine vergleichende Untersuchung zur Schadensersatzpflicht im Antimonpolrecht (反垄断法中损害赔偿责任的比较研究), JXSHKX 4 (2015), 181–186.

Wang, Cheng: The legal effect of the judicial interpretations made by the Supreme People's Court (最高法院司法解释效力研究), ZWFX 28 (2016), 263–279.

Wang, Chuang: Überblick und Aussichten für kartellzivilrechliche Klagen in China (中国反垄断民事诉讼概况及展望), JZZCYJ 2 (2016), 6–12.

Wang, Hongxia/Li, Guohai: Widerlegung des „Rechts auf Wettbewerb" - gleichzeitig über den Schutz von Interessen im Wettbewerbsrecht ("竞争权"驳论——兼论竞争法的利益保护观), FXPL 4 (2012), 92–99.

Wang, Jian: die private Durchsetzung des Antimonopolrechts (反垄断法私人执行制度初探), FSYJ 118 (2007), 104–112.

– the Private Enforcement of Antimonopoly law: Basic Principles and Foreign Legal System (反垄断法的私人执行：基本原理与外国法制), Beijing 2008 (zit. Private Enforcement of Antimonopoly Law).

– Über die Verstärkung der privaten Durchsetzung des Antimonopolrechts in China (关于推进我国反垄断私人诉讼的思考), FSYJ 3 (2010), 23–34.

– das Verhältnis zwischen der Festlegung von Monopolvereinbarungen und der Wettbewerbsbeschränkung (垄断协议认定与排除限制竞争的关系研究), FX 3 (2014), 35–49.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Wang, Jian/Zhang, Jing: Abschreckungstheorie und die Verbesserung des Sanktionssystems im chinesischen Antimonopolrecht – eine ökonomische Analyse des Rechts(威慑理论与我国反垄断罚款制度的完善——法经济学的研究进路), FLKX 4 (2016), 124–136.

Wang, Xianlin: On the Connection and Coordination Between Anti-monopoly Civil Action and Administrative Enforcement (论反垄断民事诉讼与行政执法的衔接与协调), JXCJDXXB 69 (2010), 87–91.

Wang, Xianlin/Ding, Guofeng: Coordination of competition policy and industrial policy in Antimonopol law enforcement (反垄断实施中对竞争政策与产业政策的协调), FX 9 (2010), 28–35.

Wang, Xianyong: The right to fair competition (公平竞争权论), Beijing 2007 (zit. The right to fair competition).

Wang, Xiaoye: The prospect of anti-monoply legislation in China, in: the evolution of China's Anti-monopoly law (Hrsg. Wang), Cheltenham/Northampton 2014, S. 124–154.

– Issues surrounding the drafting of China's Anti-monopoly law, in: the evolution of China's Anti-monopoly law (Hrsg. Wang), Cheltenham/Northampton 2014, S. 260–271.

– WTO accession and the formulation of China's Anti-Monopoly Law, in: the evolution of China's Anti-monopoly law (Hrsg. Wang), Cheltenham/Northampton 2014, S. 99–123.

– Anti-monopoly law and China's economic reform, in: the evolution of China's Anti-monopoly law (Hrsg. Wang), Cheltenham/Northampton 2014, S. 29–59.

– the goals of China's Anti-monopoly law, in: the evolution of China's Anti-monopoly law (Hrsg. Wang), Cheltenham/Northampton 2014, S. 157–167.

– Erlass und Ausführung des chinesischen Kartellgesetzes, RIW 2008, 417–427.

– Commentary on the Amendment Draft of the Anti-Monopoly Law (《反垄断法（修正草案）》的评析), DDFX 3 (2022), 36–51.

– Anti-monopoly law (反垄断法), Beijing 2011 (zit. Anti-monopoly law).

– (Hrsg.), Kommentar zum AMG (反垄断法详解), Beijing 2008 (zit. Kommentar).

Weinreich-Zhao, Tingting: Chinese Merger Control Law, . Munich Studies on Innovation and Competition, Berlin, Heidelberg 2015.

Weitbrecht, Andreas: Die Umsetzung der EU-Schadensersatzrichtlinie, WuW 2015, 959–972.

Wils, Wouter PJ: Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?, World Competition 26 (2003), 473–488.

Wu, Gaosheng (Hrsg.): Erläuterungen zum Antimonopolgesetz der VR China von Gesetzesplanungsbüro des Ständigen Ausschusses des Nationalen Volkskongresses, Beijing 2007 (zit. Erläuterung zum AMG des Gesetzesplanungsbüros).

Xiao, Jiangping: "Reasonable Reasons" in the Abuse of Market Dominance (滥用市场支配地位行为认定中的"正当理由"), FSYJ 5 (2009), 88–96.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Xie, Xiaoyao: Die moralische Interpretation der Wettbewerbsordnung – Eine Studie zum Recht des unlauteren Wettbewerbs (竞争秩序的道德解读——反不正当竞争法研究), Beijing 2005.

Xu, Xin: Die private Rechtsdurchsetzung, FXYJ 1 (2004), 18–29.

Yin, Zhiqiang: Should punitive compensatin system be introduced into Chinas civil law (我国民事法律中是否需要导入惩罚性赔偿制度), FXZZ 3 (2006), 76–79.

Zhai, Jiguang: On the independence of economic responsibility (论经济法责任的独立性), DDFX 18 (2004), 50–56.

Zhan, Hao: The Hot Issues of China's Anti-Monopol Civil Lititation – the Interpretation of the <Provisions of Supreme People's Court on Several Issues Relating to Laws Applicable for Trial of Civil Dispute Cases Arising from Monopolies> and Case Review (中国反垄断民事诉讼热点详解), Beijing 2012.

Zhang, Chenying: die Bindungswirkung von Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden in Zivilstreitigkeiten (论反垄断行政决定在民事诉讼 中的效力), FLSY 7 (2017), 31–38.

Zhang, Gu: The tort law, a law to provide relief, a law to protect liberty – Several proposals for "the People's Republic of Tort Liability Act (Draft)" (作为救济法的侵权法，也是自由保障法——对《中华人民共和国侵权责任法(草案)》的几点意见), JNXB 139 (2009), 12–28.

Zhang, Ruiping: das System der Gewährung des antimonopolrechtlichen Klagerechts (反垄断诉权保障机制研究), Shanghai 2013.

Zhang, Xinbao: Deliktkhaftungsgesetz (侵权责任法), 2. Aufl., Beijing 2010 (zit. Deliktshaftungsgesetz).

Zhang, Xinbao/Li, Qian: Legislative Optionen für Strafschadenersatz (惩罚性赔偿的立法选择), QHFX 3 (2009), 5–20.

Zheng, Pengcheng: Private Antimopolrechtsdurchsetzung: Probleme und Lösungsmöglichkeiten (反垄断法私人实施之难题及其克服：一个前瞻性探讨), FXJ 3 (2010), 98–105.

Zhou, Mei/Qi, Xiaokun/Lohsse/Liu, Qingwen: Gesetz der Volksrepublik China über das Sachenrecht, ZChinR 2007, 78–117.

Zhu, Li: Erläuterungen und Anwendung der OVG-AMG-Bestimmungen (《关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》的理解与适用), RMSF·Application (15) 2012, 42–48.

Zhu, Yifei: Zum Recht des Unternehmens auf fairen Wettbewerb (论经营者的公平竞争权), ZFLC 1 (2005), 65–70.

https://doi.org/10.5771/9783748942009, am 19.10.2024, 02:43:58
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb