§ 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/10.5771/9783748942009-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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/10.5771/9783748942009-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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/10.5771/9783748942009-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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/10.5771/9783748942009-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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/10.5771/9783748942009-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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/10.5771/9783748942009-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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/10.5771/9783748942009-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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/10.5771/9783748942009-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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/10.5771/9783748942009-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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/10.5771/9783748942009-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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/10.5771/9783748942009-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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/10.5771/9783748942009-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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/10.5771/9783748942009-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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/10.5771/9783748942009-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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/10.5771/9783748942009-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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/10.5771/9783748942009-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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/10.5771/9783748942009-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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/10.5771/9783748942009-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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/10.5771/9783748942009-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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/10.5771/9783748942009-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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/10.5771/9783748942009-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748942009-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY