# § 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/10.5771/9783748942009-115 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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/10.5771/9783748942009-115 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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/10.5771/9783748942009-115 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

## 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/10.5771/9783748942009-115 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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/10.5771/9783748942009-115 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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/10.5771/9783748942009-115 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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/10.5771/9783748942009-115 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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/10.5771/9783748942009-115 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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/10.5771/9783748942009-115 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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/10.5771/9783748942009-115 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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/10.5771/9783748942009-115 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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/10.5771/9783748942009-115 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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/10.5771/9783748942009-115 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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/10.5771/9783748942009-115 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

## 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/10.5771/9783748942009-115 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

## 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/10.5771/9783748942009-115 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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/10.5771/9783748942009-115 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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/10.5771/9783748942009-115 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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/10.5771/9783748942009-115 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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/10.5771/9783748942009-115 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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/10.5771/9783748942009-115 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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/10.5771/9783748942009-115 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY