

Das Missbrauchsverbot Chinas – Tendenzen einer effektiveren Verfolgung monopolistischer Marktverhaltensweisen im Telekommunikationssektor

Romy Nicole Fleischer¹

I. Einleitung

Monopolistische Marktpraktiken einzelner Großunternehmen sind heutzutage auch in China keine Seltenheit mehr. Um den Gefahren für die ökonomische und gesellschaftliche Entwicklung wirkungsvoll entgegen zu wirken, ist eine effektive Durchsetzung des in § 6 und § 17 des Antimonopolgesetzes² (kurz: AMG) geregelten Verbots des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung³ unerlässlich. Die Regelungen des im Jahr 2008 in Kraft getretenen AMG bezwecken dabei nicht den Schutz der Konkurrenz,⁴ sondern vielmehr die Förderung eines funktionsfähigen⁵ Wettbewerbs, um ökonomische Effizienzen und das Wohl aller Verbraucher zu steigern.⁶ Dennoch sind staatliche Einflüsse auf die Entwicklung solcher Märkte, die besonders wichtige Versorgungsbereiche betreffen, wie die Telekommunikationsbranche, in der Netzwerkstrukturen und natürliche Monopole oftmals kennzeichnend sind, nicht unerheblich und daher die Anwendung

des Missbrauchsverbotes mitunter schwierig, aber letztlich nicht ausgeschlossen. Der nachfolgende Beitrag widmet sich daher den dahingehenden neueren wettbewerbspolitischen Tendenzen unter besonderer Berücksichtigung medienträchtiger Verfahren, die unter anderem auch den Internetsektor betreffen.

II. Zunehmende Überwachung des Telekommunikationssektors

In der strategischen Schlüsselindustrie⁷ der Telekommunikation dominieren in China in erster Linie die beiden staatlichen Unternehmen *China Telecom* und *China Unicom* den Markt, die auf diesem ein natürliches Monopol innehaben. Die Überwachung von preisbezogenen Missbräuchen einer marktbeherrschenden Stellung obliegt dabei der *Nationalen Kommission für Entwicklung und Reform*⁸ (kurz: NDRC), deren Aufsichtsarbeit in diesem Sektor in den letzten drei Jahren an Effektivität zugenommen hat.

1. Die Untersuchung *China Telecom & China Unicom*

a. Vorwurf der Preisdiskriminierung

Die NDRC leitete im November 2011 ein Verfahren gegen *China Telecom* und *China Unicom* wegen des Verdachtes monopolistischen Verhaltens ein. Sie warf den beiden Telekommunikationsunternehmen nach § 17 AMG einen Missbrauch ihrer beherrschenden Stellung auf dem Markt für den Internetzugang

¹ Dr. iur.; die Autorin ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Europarecht sowie Gewerblichen Rechtsschutz bei Professor Dr. Michael Kling an der Philipps Universität Marburg. Der Aufsatz ist Ende 2013 bei einem Forschungsaufenthalt an der Nanjing Universität (Deutsch-Chinesisches Institut für Rechtswissenschaften) entstanden. Für wertvolle Hinweise bedankt sich die Autorin ganz herzlich bei Prof. Dr. FANG Xiaomin (方小敏), Frau Dr. LI Li (李丽) sowie Frau stud. iur. WANG Dandan (王丹丹).

² Antimonopolgesetz der Volksrepublik China (中华人民共和国反垄断法) v. 30. 8. 2007, in Kraft getreten am 1. 8. 2008 (siehe § 57 AMG), chinesisch-deutsche Fassung in ZChinR 2007, S. 307 ff.

³ (经营者滥用市场支配地位), siehe die §§ 17–19 AMG.

⁴ Siehe DING Guofeng (丁国峰), Untersuchung zum Haftungssystem des Antimonopolrechts (反垄断法律责任制度研究), Diss. 2011 Universität Anhui (安徽大学法学博士论文), S. 31.

⁵ Xiaoye WANG, Monopole und Wettbewerb in der chinesischen Wirtschaft, Diss. 1993, Hamburg, S. 222; SONG Yahui (宋亚辉), Die Ziele des chinesischen Antimonopolrechts sowie der Modus von der Struktur und der Funktion (反垄断法目的的“结构–功能”模式——兼评《中华人民共和国反垄断法》第一条), Zeitschrift der Rundfunk- und TV-Universität Anhui (安徽广播电视大学学报), 2008, Heft 3, S. 15 (16).

⁶ WANG Xianlin (王先林), Research on Hot Issues of Enforcement of China's Antimonopoly Law (中国反垄断法实施热点问题研究), 2011, Beijing, S. 9; WANG Fang (王芳), Die Ziele des Antimonopolrechts der VR China – Aus dem Blickwinkel des Schutzes der Verbraucherinteressen (论我国反垄断法的目的——以保护消费者利益为视角 [D]), Diss. 2011 Shanghai Universität (上海: 上海交通大学), S. 26; siehe LIU Ningyuan (刘宁元), Die Vielfältigkeit der Ziele des chinesischen Antimonopolgesetzes (反垄断法政策目标的多元化), 2009, Rechtswissenschaft (法学), S. 72 (73).

⁷ Dazu zählen z.B. auch der Elektrizitäts-, Post-, Gas- und Schienenverkehrssektor, siehe Xiaoye WANG, Erlass und Ausführung des Chinesischen Kartellgesetzes, RIW 2008, 417 (427) und Bruce M. Owen/Su SUN/Wentong ZHENG, China's Competition Policy Reforms: The Anti-Monopoly Law and Beyond, Volume 75 Antitrust Law Journal, 231, 244 (2008) sowie die Wasserbranche, in der der Staat beispielsweise im Wassertransport ca. 89 % und bei Wasserkraftanlagen etwa 70 % Marktanteil hielt (Stand 2008), siehe LI Rongrong (李荣融), Ein großartiges Projekt und eine wertvolle Erfahrung (宏大的工程宝贵的经验), in: Qiushi (求是), Heft 16, 2008, S. 27 (29).

⁸ 中华人民共和国国家发展和改革委员会.

mittels einer Breitbandverbindung vor. Dies beruhte in erster Linie darauf, dass *China Telecom* und *China Unicom* ihren Mitbewerbern im Gegensatz zu Nichtkonkurrenten höhere Gebühren auferlegten, was der Entwicklung des Marktes geschadet habe.

b. Analyse einer Kosten-Preis-Schere

Neben einer Preisdiskriminierung untersuchte die Behörde das Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere, weil *China Telecom* und *China Unicom* ihre Leistungen auch auf dem sekundären Markt anboten, jedoch der Preis für die Vorleistung höher war als der für die Endleistung.⁹ Solche preisbezogenen Behinderungsstrategien vertikal integrierter Unternehmen finden sich häufig in der Telekommunikationsbranche.¹⁰ Sie zeichnen sich vor allem dadurch aus, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen ohne sachlichen Grund eine negative Differenz zwischen den Entgelten auf dem vor- und nachgelagerten Markt bewirkt, wodurch es die Konkurrenz (potentiell) verdrängen und damit den Wettbewerb insgesamt behindern kann.

c. Verfahrenseinstellung statt Bußgeldverhängung

Schlussendlich verhängte die NDRC kein anfangs erwartetes Bußgeld gegen beide Unternehmen, das nach § 47 S. 2 AMG zwischen 1 und 10 Prozent des Gesamtumsatzes des Vorjahres hätte betragen können. Vielmehr stellte sie das Verfahren ein, was jedoch angesichts der guten Gründe für die Einleitung des Verfahrens weniger auf wettbewerbsrechtlichen Aspekten beruht haben dürfte. Es spielten wohl eher die hohe Relevanz beider Unternehmen für die Entwicklung des Internetmarktes, die enge Verknüpfung zum Staat und die hohe Kapital- und Finanzkraft eine ausschlaggebende Rolle für den Verfahrensausgang. Beide Telekommunikationsunternehmen entschuldigten sich letztendlich öffentlich und verpflichteten sich darüber hinaus, für den Zugang zum Internet über Breitbandverbindungen eine Preissenkung von 35 Prozent in den nächsten fünf Jahren vorzunehmen.¹¹

2. Beobachtung der Marktentwicklung

Im Verfahren konfrontierte eine Antimonopolvollzugsbehörde erstmals in der Geschichte des An-

timonopolrechts zwei staatseigene Unternehmen mit einem Verstoß gegen das AMG. Obgleich es sich dabei bislang noch um einen Einzelfall handelt, stellt die Untersuchung einen wichtigen Schritt in der Entwicklung der chinesischen Wettbewerbspolitik dar.¹² Entscheidend ist dabei generell, dass die ermittelnde Behörde die Entwicklungen auf dem Telekommunikationsmarkt insbesondere aufgrund der besonders hohen Marktstellung beider Unternehmen und dem erheblichen Einfluss auf die Gesellschaft genau beobachtet.¹³ Dies lässt zumindest vermuten, dass künftig eine effektivere Durchsetzung des chinesischen Missbrauchsverbots im Bereich oligopolistischer Märkte angestrebt wird.

3. Keine Ausnahme nach § 7 AMG

Das oben genannte Verfahren zeigt zugleich eine Tendenz dahin, dass die in § 7 Abs. 1 AMG¹⁴ verankerte kartellrechtliche Sonderstellung staats-eigener Unternehmen in strategischen Schlüsselindustrien, die vor allem wichtige Versorgungsgebiete abdecken, einer wirksamen Umsetzung des AMG grundsätzlich nicht entgegensteht. Zwar bestehen trotz des in § 7 Abs. 2 AMG normierten Vorbehalts legalen Marktverhaltens Zweifel darüber, ob das AMG ebenso auf staatliche Monopolbereiche Anwendung findet, vor allem weil die Einführung jener Vorschrift unter dem starken Einfluss von Interessengruppen monopolisierender Branchen und Unternehmen sowie politischer Richtlinien der Verwaltungsbehörden hinsichtlich der staatseigenen Wirtschaft erfolgte.¹⁵ Jedoch ist § 7 Abs. 2 AMG weit auszulegen, so dass unter rechtmäßigem Verhalten auch Verhaltensweisen im Sinne des Antimonopolrechts fallen. Dies lässt sich damit begründen, dass der Gesetzgeber gerade Ausnahmetatbestände in Bezug auf bestimmte Marktverhaltensweisen ausdrücklich im Gesetz geregelt hat, wie etwa die Freistellungsoption in § 15 Abs. 1 AMG im Bereich des Kartellverbots. Dagegen enthält § 7 AMG keine solche Regelung, die auf der Stellung von Unternehmen beruht. Daher lässt sich hieraus auch nicht zwingend eine allgemeine antimonopolrechtliche Ausnahmenvorschrift herleiten,¹⁶ welche Unternehmen der staatseigenen Wirtschaft vom Anwendungsbereich des AMG generell ausklammert.

⁹ Xiaoye WANG/Adrian Emch, Five Years of implementation of China's Anti-Monopoly Law - achievements and Challenges, Volume 1 Journal of Antitrust Enforcement, 247, 259 (2013).

¹⁰ Siehe etwa in den USA: Pacific Bell Telephone Co. v. Linkline Communications, Inc., 129 S. Ct. 1109 (2009) oder in Europa: EuG, Urteil v. 29. 3. 2012, Rs. T-336/07 - Telefónica and Telefónica España.

¹¹ Sue HAO/John Lenhart, China's „Golden Year“ of Antimonopoly Investigations, in: China Business Review, December 2013, abrufbar unter: <www.chinabusinessreview.com/chinas-golden-year-of-antimonopoly-investigations> (eingesehen am 14.2.2014).

¹² Xiaoye WANG/Adrian Emch (Fn. 9), S. 259.

¹³ Michael GU/Zhan HAO, China (Chapter 7), in: The Public Competition Enforcement Review, 5th Edition, London 2013, 77 (84).

¹⁴ Art. 7 Abs. 1 AMG: „Der Staat schützt die legale Geschäftstätigkeit der Unternehmen solcher Wirtschaftszweige, die im Zusammenhang mit volkswirtschaftlichen Lebensadern stehen, oder die Staatliche Sicherheit berühren und in denen die staatseigene Wirtschaft eine beherrschende Stellung hat [...]“

¹⁵ Siehe FANG Xiaomin (方小敏), Die Kontrolle von Zusammenschlüssen im chinesischen Antimonopolrecht, ZWeR 2008, 385 (392 und 393).

¹⁶ FANG Xiaomin (F. 15), S. 393.

4. Behördentransparenz und staatliche Einflussnahme

In Abgrenzung zur sonst wenig durchsichtigen Arbeit der NDRC, die mangels umfangreicher Publikationen oftmals keine fundierte Analyse erlaubt oder Auskunft über künftige Entscheidungen liefert,¹⁷ zeichnet sich die Untersuchung *China Telecom & China Unicom* durch relativ viel Transparenz aus. Da es sich um ein besonders medienträchtiges Verfahren handelte, das ein starkes Interesse der Bevölkerung weckte, gelangten weitaus mehr Informationen an die Öffentlichkeit. Allerdings war die Untersuchung keineswegs frei von geringfügigen staatlichen Einflüssen. Dies beruht darauf, dass die NDRC in erster Linie dem Staatsrat untersteht, der mitunter andere politische Interessen verfolgt.¹⁸ Zugleich belegt das Verfahren, dass bei großen Unternehmen, denen eine besonders hohe Relevanz für die heimische Wirtschaft zukommt, eine stärkere Einflussnahme seitens des Staates auf die generell nicht unabhängigen Antimonopolvollzugsbehörden erfolgt. Jene Tendenz zeigt sich nicht allein bei der Durchsetzung des Missbrauchsverbotes, sondern ebenso im Bereich der Zusammenschlusskontrolle.¹⁹ Zudem erfolgten nicht wenige Umstrukturierungen von Staatsunternehmen, ohne vorherige Anmeldung beim Handelsministerium oder Überprüfung nach den Vorgaben des AMG.²⁰ Gleichwohl verwundert jene Praxis vor dem Hintergrund des in China gewählten Systems der sozialistischen Marktwirtschaft²¹ kaum, da sich dieses weiter durch planwirtschaftliche Elemente auszeichnet und insoweit eine „teils zentralverwaltungswirtschaftliche und teils marktwirtschaftliche“²² Ordnung darstellt. Dabei haben die letzten Jahre gezeigt, dass sich teils tradierte planwirtschaftliche Vorstellungen, auch wenn sie dem Wettbewerbsprinzip zuwiderlaufen, nur schwer überwinden lassen.²³

5. Künstliche Verzerrung der Marktentwicklung

Das Verfahren *China Telecom & China Unicom* ist darüber hinaus ein Beleg dafür, dass sich der Staat die Kontrolle über den Telekommunikationssektor bewahren will, dies jedoch angesichts des fehlenden Wettbewerbs einer „gesunden“ Entwicklung des Telekommunikationsmarktes entgegen steht. Ohne wirkliche Konkurrenz auf dem Markt fehlt es dem Grunde nach an Anreizen für eine wünschenswerte ökonomische Steigerung der Effizienz zu Gunsten aller Verbraucher. In diesem Fall besteht in der Regel weder der Ansporn zur Innovation noch zu höherer Qualität, besserem Service oder niedriger Preise. Die Förderung eines fairen²⁴ oder freien²⁵ Wettbewerbs ist zudem eine primäre Aufgabe des Antimonopolrechts und darüber hinaus der Dreh- und Angelpunkt einer wachsenden Marktwirtschaft. Fernerhin zeigt ein Blick auf die Rechtslage in den USA und in Europa, dass sich das Wettbewerbsprinzip und eine staatliche (Sonder-)Regulierung im Telekommunikationssektor nicht zwingend ausschließen, sondern vielmehr als Einheit zusammenwirken können. Dies setzt allerdings voraus, dass hierbei die Offenheit der Märkte angestrebt wird, mithin staatliche Barrieren abgebaut werden, damit auch Newcomer den Markteintritt schaffen. Die insofern bereits eingeleitete Ausgliederung staatlicher Unternehmen aus der öffentlichen Hand und die stärkere Förderung des Preiswettbewerbs, wie etwa in der zivilen Luftfahrt Ende der 1990er Jahre,²⁶ haben zwar bereits die Effektivität öffentlicher Unternehmen gesteigert. Diese begünstigt der Staat jedoch weiterhin²⁷ und verzerrt dadurch künstlich die Entwicklung der Märkte in Schlüsselindustrien, was sich zu Lasten der gesamten Wohlfahrt auswirkt.

¹⁷ Jiangxiao Athena HOU/Jane Yi, A Progress on the Implementation of China's Anti-Monopoly Law, 1 The Journal of Antitrust and Unfair Competition Law Section of the State Bar of California, 79, 96 (2011); siehe auch Markus Masseli, Handbuch chinesische Fusionskontrolle, Berlin 2011, S. 53.

¹⁸ Xiaoye WANG/Adrian Emch (Fn. 9), S. 267 f.

¹⁹ So scheinbar auch bei der Fusionsentscheidung des Handelsministerium in Coca Cola gegen Huiyuan, obgleich es sich hierbei nicht um ein staatliches Unternehmen handelte, siehe MOFCOM, Öffentliche Bekanntmachung v. 18.3.2009, Nr. 22 [2009] – Coca Cola/Huiyuan (中华人民共和国商务部网站 (商务部) 公告2009年第22号 关于禁止可口可乐公司收购中国汇源公司的审查决定); dazu Michael Faure/Xinzhong ZHANG, Towards an Extraterritorial application of the Chinese Anti-Monopoly Law that Avoids Trade Conflicts, 45 The George Washington International Review 501, 528 (2013).

²⁰ Xiaoye WANG/Adrian Emch (Fn. 9), S. 267 f.

²¹ Art. 15 der Verfassung der VR China (中华人民共和国宪法), Fassung von 2004; siehe auch Art. 4 AMG.

²² Wu Jinglian, Economics and China's Economic Rise, in: Masahiko Aoki/Jinglian Wu (Hrsg.), Chinese Economy: A New Transition, S. 25.

²³ Dies betrifft beispielsweise auch das Phänomen der (preisbezogenen) administrativen Monopole, welche die Marktentwicklung durch wettbewerbsverzerrende Maßnahmen von Verwaltungsträgern, die dem Schutz lokaler Unternehmen dienen, verzerren, siehe Zhengou WU, Perspective on the Chinese Anti-Monopoly Law, Volume 75 Antitrust Law

Journal, 73, 93 (2008). Deren Eindämmung durch die Umsetzung der §§ 32 ff. AMG seitens der NDRC ist bislang noch wenig effektiv, siehe Jin SUN, On the legal system construction of China's administrative monopoly proceedings, Volume 5 Journal of Public Administration and Policy Research, 68, 69 (2013).

²⁴ Siehe § 1 Var. 2 AMG.

²⁵ Trotz des in China empfindlichen Begriffs der Freiheit sprechen sich für einen freien Wettbewerb z.B. aus: FANG Xiaomin (方小敏), Kapitel 3 – Antimonopolgesetz, in: SHAO Jiandong/FANG Xiaomin/WANG Bing/TANG Jinwei (邵建东, 方小敏, 王炳, 唐晋伟) (Hrsg.), Wettbewerbsrecht (竞争法学) Peking 2009, S. 191 (191); siehe auch Xiaoye WANG/Adrian Emch (Fn. 9), S. 248; MAO Xiaofei/Tobias Glass, Das chinesische Antimonopolgesetz im Lichte des deutschen Kartellrechts, ZWeR 2008, 89 (105). Diese lässt sich – zumindest theoretisch – über eine besonders weite Auslegung des in § 1 Var. 2 AMG genannten fairen Wettbewerbs oder über die in der Verfassung verankerte Berufs-, Gewerbe- und Eigentumsfreiheit (Artt. 13 und 42) rechtfertigen.

²⁶ YANG Xiuyun/YU Hong, Deregulatory Reform of China's Airports: Attracting Non-state Investors, in: East Asian Policy, 2010, Volume 2, Heft 2, S. 66 ff.

²⁷ Die höhere Bedeutung staatlicher Unternehmen lässt sich ebenso aus der chinesischen Verfassung (siehe Art. 6 S. 2, Art. 7 und Art. 12) ableiten, nach der diese eine führende Rolle einnehmen, während private Einheiten (nur) einen wichtigen Teil der sozialistischen Wirtschaft ausmachen (siehe Art. 11).

III. Rechtsprechung

Wie im medienträchtigen Ermittlungsverfahren *China Telecom & China Unicom* beschäftigte sich in den letzten Jahren ebenso die chinesische Rechtsprechung mehrfach mit der Frage des Marktmachtmissbrauchs und dabei insbesondere mit der Analyse einer marktbeherrschenden Stellung. Als problematisch erweist sich dabei vor allem die Abgrenzung des sachlich und räumlich relevanten Marktes im Bereich der Internetindustrie. Hervorzuheben sind hierbei die Urteile *Renren* gegen *Baidu* aus dem Jahr 2010 und *Qihoo 360* gegen *Tencent* aus dem Jahr 2013, da sie nicht nur medienintensiv, sondern ebenso transparent und rechtlich und ökonomisch fundiert begründet sind und damit wegweisende Entscheidungen darstellen.

1. Der Fall *Renren* gegen *Baidu* (2010)

Die Zivilrechtsstreitigkeit *Renren* gegen *Baidu* zeichnete sich vor allem durch eine stark ökonomische Analyse des Gerichts aus. Bei der Prüfung eines vermeintlichen Marktmachtmissbrauchs bestätigte das Oberste Volksgericht der Stadt Beijing im Juli 2010²⁸ das vorweg ergangene Urteil des Mittleren Volksgerichtshofs²⁹ zu Gunsten der beklagten Gesellschaft *Baidu* und wies die Klage *Renrens* ab.

a. Sachverhalt

Die Klägerin betreibt eine Homepage mit medizinischen Informationsinhalten und steht mit der Beklagten, die den größten chinesischen Suchmaschinen dienst anbietet,³⁰ nicht im Wettbewerb. Gegenstand der Klage war die Tatsache, dass die Beklagte ihre Webseite gegenüber den Werbelinks der Klägerin abgeschirmt hatte.³¹ Das Verhalten begründete die Beklagte mit der hausinternen Firmenpolitik, nach der in nicht diskriminierender Weise Webseiten mit Spam-Verlinkungen gesperrt werden. Die Klägerin behauptete dagegen, dass ihre Zurückstufung nur deshalb erfolgt sei, weil sie zur Nutzung einer speziellen suchgebundenen, kostenpflichtigen Werbefunktion gezwungen werden sollte. Sie begehrte sowohl Schadensersatz³² in Höhe

von RMB 1.106 Millionen Yuan als auch die künftige Unterlassung der Webseitenblockierung.

b. Rechtliche Probleme

Bei der gerichtlichen Überprüfung des fraglichen Verhaltens hinsichtlich eines Verstößes gegen das Verbot des Marktmachtmissbrauchs erwiesen sich in rechtlicher Hinsicht vor allem die Definition des relevanten Marktes und die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung als schwierig.

aa. Definition des relevanten Marktes

Die genaue Abgrenzung des relevanten Marktes ist eine besonders wichtige Voraussetzung für die Analyse der marktbeherrschenden Stellung und erfolgt – wie auch in Europa und den USA – in erster Linie in sachlicher und räumlicher Hinsicht. Nach § 12 Abs. 2 AMG umfasst der betroffene Markt bei Unternehmen, die innerhalb einer bestimmten Zeit mit Erzeugnissen oder Dienstleistungen im Wettbewerb stehen, den Bereich der Waren und das geografische Gebiet des Wettbewerbs. Nach den Leitlinien zur Marktabgrenzung,³³ die eine Anleitung zur Bestimmung des Marktbereichs liefert, in dem der Unternehmenswettbewerb stattfindet,³⁴ entscheidet sich die Reichweite des relevanten Marktes hauptsächlich nach dem Grad der Austauschbarkeit der Waren.³⁵ Insofern fallen in den relevanten Produktmarkt sämtliche Erzeugnisse und Dienstleistungen, die sich wegen ihrer Merkmale so nahe stehen, dass sie aus Sicht der Nachfrager leicht mit anderen Waren austauschbar sind.³⁶ Entscheidend sind der Verwendungszweck unter Berücksichtigung von Qualität und Funktion, die Preisdifferenz, die Wünsche der Verbraucher sowie mitunter die Risiken und Kosten, welche die Nachfrager hindern, auf Austauschprodukte auszuweichen.³⁷ Der relevante Gebietsmarkt ist jener geografische Raum, in dem Nachfrager bestimmte Waren, zwischen denen vergleichbare Wettbewerbsbedingungen bestehen, erlangen können. Wichtige Kriterien sind etwa Transportkosten, Verhaltensweisen der Konsumenten bei Preisabweichungen, Zutrittsschranken oder Vertriebswege.³⁸ Auch die Angebotsseite kann eine Rolle spielen, wenn diese einen erheblichen Wettbewerbsdruck ausübt.³⁹ Bei komplexen Sachverhalten erweist sich oftmals der hy-

²⁸ Oberstes Volksgericht Beijing, Urteil vom 9.7.2010, Fall Nr. 489 [2010] Gao Min Zhong Zi (高民终字), Tangshan Renren Information Services Co., Ltd. versus Beijing Baidu Network Technology Co. (唐山市人人信息服务有限公司与北京百度网讯科技有限公司垄断纠纷), Ltd., abrufbar unter: <www.bjgy.chinacourt.org/paper/detail/2011/08/id/542054.shtml> (eingesehen am 23.12.2013).

²⁹ Mittleres Volksgericht der Stadt Beijing (Nr. 1), Urteil vom 18.12.2009, Fall Nr. 845 [2009] Yi Zhong Min Chu (中民初字第845号民事判决) – Tangshan Renren Information Services Co., Ltd. versus Beijing Baidu Network Technology Co., Ltd.

³⁰ Michael Zhenping GU, Private Antitrust Enforcement Review of Recent Cases on Abuse of Market Dominance, in: Global Antitrust Review, 2010, S. 129 (130 f.).

³¹ Zum Sachverhalt Jiangxiao Athena HOU/Jane YI (Fn. 17), S. 85.

³² Die Möglichkeit des Schadensersatzes folgt aus § 50 AMG in Verbin-

dung mit § 134 der Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts der VR China (中华人民共和国民法通则) (in Kraft seit dem 12.4.1986).

³³ Antimonopolkommission des Staatsrates, Leitlinien zur Begrenzung des relevanten Marktes v. 24.5.2009, eine chinesisch-deutsche Fassung findet sich bei Markus Masseli (Fn. 17), S. 310 ff.

³⁴ Siehe Artt. 1 und 2 der Leitlinie.

³⁵ Siehe Art. 4 der Leitlinie.

³⁶ Siehe Art. 3 in Verbindung mit Art. 5 der Leitlinie.

³⁷ Siehe Art. 3 Abs. 2 und Art. 8 Abs. 5 der Leitlinie.

³⁸ Siehe Art. 9 der Leitlinie.

³⁹ Siehe Art. 6 der Leitlinie.

pothetische Monopolisten-Test⁴⁰ als hilfreich.⁴¹ Hebt danach ein gedachter Monopolist seine Preise in der Regel um einen bestimmten Betrag (ca. 5–10 Prozent) innerhalb eines Jahres an, und profitiert weiter, ist ein separater Markt anzunehmen, während bei einem Gewinnrückgang infolge des Umsteigens der Nachfrager auf vergleichbare Substitute, diese in denselben Markt gehören.

(1) Sachliche Marktabgrenzung des Obersten Volksgerichts

Das Oberste Volksgericht definierte in *Renren* gegen *Baidu* den relevanten Produktmarkt – ohne ausdrücklichen Verweis auf die Leitlinie, aber in diesem Sinne⁴² – als *einen* Markt für Internet-Suchmaschinen. Es berücksichtige dabei (nur) die Nachfragersicht der privaten Kunden, die den kostenlosen Suchdienst nutzen, während die Perspektive der Kundengruppe der Werbetreibenden außer Betracht blieb. Es lehnte unter Betonung der einzigartigen Eigenschaften und dem besonderen Systemdesign der Online-Suchmaschine, wie der Sofortsuche, der Masseninformationsbeschaffung und der strukturierten Auflistung von Ergebnissen, ein enges Austauschverhältnis mit anderen Internet-Diensteanbietern, die der Nachrichtenübermittlung (z. B. *Web-Mail*), der Datenübertragung in Echtzeit (z. B. *Twitter*, *Facebook*, *LinkedIn*) oder anderen Serviceleistungen (z. B. *eBay*) dienen, ab, weil diese einen anderen Verwendungszweck haben.

(2) Verbundene Such- und Werbefunktionen der Suchmaschine

Das Volksgericht widmete sich zunächst der Behauptung der Beklagten, dass für kostenlose Waren kein relevanter Markt definierbar und das AMG daher auch nicht anwendbar sei. Dieser Einwand greift bei Internetplattformen jedoch zu kurz. Die Richter würdigten zutreffend die verschiedenen, aber miteinander verknüpften Funktionen der Online-Suchmaschine. Diese seien als Teil eines einheitlichen Geschäftsmodells eng verbunden, so dass eine Trennung faktisch einer Leugnung der Wirtschaftsrealität gleichkomme. Entscheidend ist somit das Unternehmenskonzept, nach dem der kostenfreie Suchdienst, der eine rasche Auflistung von Suchergebnissen ermöglicht, ebenso Werbetreibende anlocken soll, die auf jener Plattform kostenpflichtig Werbeflächen erwerben können, wodurch der Suchmaschinenbetreiber profitiert. Der suchgebundene Werbedienst zeichnet sich dadurch aus, dass Werbetreibende ein Angebot abgeben

können, um einen höheren Rang ihrer Werbeverlinkungen bei der Stichwortsuche privater Nutzer zu erlangen.⁴³ Der Rang bestimmt sich nach einem komplexen Indexierungsprozess, der sich nach der Qualität der Stichwörter, die wiederum nach der Häufigkeit vergangener Suchanfragen und dem Anklicken der Suchresultate analysiert werden, sowie dem diesbezüglichen Angebotspreis richtet.⁴⁴ Der Erlös resultiert demnach aus der Anzahl der Klicks auf den Werbe-Link durch private Nutzer in Kombination mit dem vereinbarten Preis mit den Werbetreibenden.

(3) Berücksichtigung der Wechselwirkung der Such- und Werbefunktion

Die Entscheidung vernachlässigt indessen, dass es sich bei der Suchmaschine *Baidu* um ein ökonomisches Netzwerk mit verschiedenen Kundengruppen handelt, die an unterschiedlichen Eigenschaften der Plattform interessiert sind. Während der private Kunde jene Suchmaschine bevorzugt, die eine schnelle, einfache und umfangreiche Informationsbeschaffung ermöglicht, begehrt der Werbetreibende ein Medium, in dem er seine Werbung breit und zielgruppenorientiert vermarkten kann.⁴⁵ Auffällig sind dabei sogenannte (ungleichförmige) indirekte Netzwerkeffekte, mithin eine Wechselwirkung der unterschiedlichen Funktionen, so dass die kostenlose Webseitensuchoption die kostenpflichtige Werbefunktion beeinflusst und umgekehrt.⁴⁶ Bei einer Online-Suchmaschine fördern die Werbetreibenden den Wert der Plattform durch die Vermarktung ihrer Waren entsprechend der Anzahl an interessierten privaten Nutzern, während nicht gänzlich nachgewiesen ist, inwieweit private Kunden bezahlte oder unbezahlte Suchergebnisse favorisieren, da unterschiedliche Nutzerinteressen bestehen können, welche die Qualität der Plattform für die Nachfrager bestimmen.⁴⁷

(4) Marktabgrenzung bei zweiseitigen Märkten

(a) Das Volksgericht stellte zwar die zusammenhängenden, verschiedenen Funktionen der Online-Suchmaschine heraus und betonte damit auch die auf die Zweiseitigkeit des Marktes schließenden Eigenschaften, vernachlässigte in diesem

⁴⁰ Auch als SSNIP-Test (engl. Small but significant and nontransitory increase in price) bezeichnet.

⁴¹ Siehe Art. 10 der Leitlinie.

⁴² *Michael Zhenping GU* (Fn. 30), S. 132.

⁴³ *Tao WU*, Relevant product market definition of antitrust cases in the internet industry: taking the Baidu cases as examples, in: *Michael Faure/Xinzhu ZHANG* (Hrsg.), *The Chinese Anti-Monopoly Law, New Developments and Empirical Evidence*, 2013, S. 262 (270).

⁴⁴ *Angela Huyue ZHANG*, Using a Sledgehammer to Crack a Nut: Why China's Anti-Monopoly Law was Inappropriate for *Renren v. Baidu*, *Competition Policy International*, Volume 7, Heft 1, 2011, S. 277 (280).

⁴⁵ *R. Ian McEwin/Corinne Chew*, China – The Baidu Decision, *Competition Policy International*, Volume 6, Nr. 2, 2010, S. 223, 228.

⁴⁶ *Torsten Körber*, Google im Fokus des Kartellrechts, *WRP* 2012, Heft 7, S. 761 (762, Fn. 9).

⁴⁷ *Angela Huyue ZHANG* (Fn. 44), S. 286 f.

Zusammenhang aber letztlich die Wechselwirkung zur Marktgegenseite der Werbetreibenden.⁴⁸ Der Begründungsansatz ist daher im Ergebnis unpräzise. Bei Online-Suchmaschinen handelt es sich nicht um „normale“ einseitige Märkte, sondern um zwei- oder mehrseitige Märkte,⁴⁹ dessen Analyse für eine genaue Marktabgrenzung unerlässlich ist, da sich solche Märkte gerade von „normalen“ Märkten unterscheiden. Im konkreten Fall kommt einerseits ein Markt für Werbeflächen in Betracht, da *Baidu* kostenpflichtig (suchbasierte) Werbung im Internet vermittelt. Darüber hinaus könnte hinsichtlich der Nutzung der Suchmaschine ein Endkundenmarkt vorliegen, weil die Leistung zwar an sich kostenfrei (Preis gleich Null) ist, jedoch der Betreiber dadurch profitiert, dass er kommerzialisierbare Daten in Form persönlicher Informationen und die Aufmerksamkeit privater Nutzer erlangt, die er für den Ausbau seines Netzwerkes auf dem Werbemarkt profitabel nutzen kann.⁵⁰ Da die Klage *Renrens* letztlich die Blockierung seiner Werbung beim kostenpflichtigen Suchanbieterdienst *Baidus* betraf⁵¹ und der Rückgriff auf den Monopolisten-Test einen Marktpreis verlangt, ist es sachgerechter – entgegen der Ansicht des Volksgerichts, dass einen einseitigen Markt annahm – primär auf den Werbemarkt abzustellen und dabei den Endkundenmarkt zu berücksichtigen. Es ist anzunehmen, dass bei einer Erhöhung der Preise für Werbeflächen durch einen hypothetischen Monopolisten, sich ebenso die Anzahl der Werbeanzeigen reduziert, da die Unternehmen sodann zu kostengünstigeren Angeboten wechseln, wodurch der Wert der Online-Plattform für private Kunden sinkt,⁵² so dass auch diese auf ein Austauschprodukt umsteigen würden.

(b) Teilweise wird jedoch vertreten, dass der Markt weiter zu definieren sei und insofern ein „Markt für Werbung“ in Betracht komme, der ebenso Werbung außerhalb des Internetsektors (z. B. TV, Radio oder Zeitschriften) erfasse.⁵³ Dies würde allerdings voraussetzen, dass die Werbetreibenden sodann nur an der Bereitstellung von Werbeflächen interessiert sind und das Internet nur als einen von vielen Medienkanälen erachten. Dies ist jedoch nicht der Fall, weil aus Sicht der Nachfrager lediglich Online-Werbung eine zielgruppenspezifische Nutzung durch eine effiziente Auswertung gesammelter

Daten erlaubt, wodurch sie sich gerade von klassischen Werbemedien unterscheidet. Gegen eine Austauschbarkeit spricht zudem das abweichende Abrechnungssystem, da die Kosten für Online-Werbung im Gegensatz zu analogen Medienkanälen nicht bei der bloßen Möglichkeit, sondern bei der tatsächlichen Wahrnehmung der Interessenten durch Anklicken der Werbe-Links auf der Internet-Plattform entstehen.⁵⁴ Schließlich fragt sich, ob ein zwischen der Werbeflächenvermittlung über Internetsuchmaschinen und anderen Online-Diensten, wie *Instant-Messaging*- (z. B. *Twitter*) oder Nachrichtendiensten (z. B. *Web-Mail*) ein enges Austauschverhältnis besteht und diese daher in denselben Markt gehören. Dafür spricht, dass diese ebenso im Internet Werbeflächen an Werbetreibende vermarkten und somit einen ähnlichen Verwendungszweck und ein vergleichbares, auf Gewinn ausgerichtetes Geschäftsmodell haben. Gegen eine Austauschbarkeit lässt sich dagegen anführen, dass jene Online-Dienste nicht auf der Basis indirekter Netzwerkeffekte – wie es bei der Suchmaschine *Baidu* der Fall ist – operieren. *Baidu* dient nicht primär der Kommunikation und Datenübertragung, sondern versucht ein verbessertes Warenangebot für seine personenverschiedenen, aber sich einander ergänzenden Kundengruppen zu liefern. Zudem befriedigt es die Bedürfnisse privater Nachfrager effizienter, da die Kunden in kürzester Zeit umfangreiche Informationen in einer geordneten Weise entsprechend ihrer Suchanfrage erhalten. Eine Nachfragesubstitution scheidet daher vor allem aufgrund der verschiedenen technischen Eigenschaften aus.⁵⁵

(5) Räumliche Marktabgrenzung in China

Den räumlichen Markt begrenzte das Oberste Volksgericht auf das Gebiet Chinas und berücksichtigte hierbei verstärkt ökonomische Aspekte neben den tatsächlichen Verhältnissen auf dem Internetmarkt. Die geografische Marktdefinition bestimmt sich nach Art. 9 der Marktabgrenzungsleitlinie und erfasst in der Regel aus Sicht der Nachfrager jenes Gebiet, in dem Anbieter ihre Waren offerieren, die eine enge Austauschbarkeit aufweisen, und somit im Wettbewerb stehen. Wichtige Abgrenzungsfaktoren sind dabei regelmäßig die Preisdifferenz, die Transportfähigkeit und deren Kosten, Verbraucherverwünsche, das tatsächliche Vertriebsgebiet oder technische und sprachliche Barrieren, während dagegen der Produktionsort oder der Unternehmenssitz kei-

⁴⁸ *Nicolo ZINGALES*, Product Market Definition in Online Search and Advertising, *The Competition Law Review*, Volume 9, Heft 1, 29, S. 36.

⁴⁹ So auch *FANG Yuxia* (方玉霞), Fallanalyse zu *Baidu* – Eine rechtliche Methode zur Marktabgrenzung (论“百度竞价排名案”相关市场的法律界定), in: *Amtsblatt der Universität des Verkehrs Beijing* (北京交通大学学报(社会科学版)), 2013, Volume 4, Heft 2, S. 89 (93 f.); *Angela Huyue ZHANG* (Fn. 44), S. 285 f.

⁵⁰ Siehe *Torsten Körber* (Fn. 46), S. 764.

⁵¹ *Tao WU* (Fn. 43), S. 272; *Angela Huyue ZHANG* (Fn. 44), S. 285; *Nicolo ZINGALES* (Fn. 48), S. 43 f.

⁵² *Tao WU* (Fn. 43), S. 271 f.

⁵³ Siehe *R. Ian McEwin/Corinne Chew* (Fn. 45), S. 228.

⁵⁴ Siehe *YU Ximmiao* (于馨淼), Suchmaschine und der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (搜索引擎与滥用市场支配地位), in: *China Legal Science* (中国法学), Heft 3, 2012, S. 115 (119 f.).

⁵⁵ *TONG Shu* (佟姝), Überlegung zum Hintergrund des Falls *Baidu* – Fallanalyse *Renren* gegen *Baidu* (百度被诉垄断案背后的思考唐山市人人信息服务有限公司诉北京百度网讯科技有限公司垄断纠纷案评析), in: *China Urheberrecht*, Heft 1, 2010, S. 61 (63).

ne Rolle spielen.⁵⁶ Bei Produkten im Internet kommt sowohl ein globaler als auch nationaler, chinesischer Markt in Betracht. Für Ersteres spricht die weltweite Verfügbarkeit der Suchmaschine *Baidu* für Unternehmen und private Nutzer. Dagegen lassen sich für eine engere, nationale Marktdefinition die örtlichen, kulturellen und sprachlichen Besonderheiten anführen.⁵⁷ Zunächst ist *Baidu* lediglich auf Chinesisch verfügbar und für Chinesen aus der Volksrepublik konzipiert, die insofern die überwiegenden Nutzer ausmachen. Zwar ist nicht ausgeschlossen, beispielsweise auch englische Schlagwörter einzugeben, jedoch beschränken sich die Suchergebnisse oft auf chinesische Webseiten, die englische Textpassagen enthalten, während englische Webseiten ausländischer Provider nicht selten blockiert sind. Es bestehen insoweit abweichende Wettbewerbsbedingungen zu vergleichbaren Produkten großer ausländischer Suchmaschinenbetreiber, wie etwa den englischsprachigen Unternehmen *Google*, *Bing* und *Yahoo* oder dem russischen Gegenstück namens *Yandex*. Diese bieten ihre Produkte in der Regel nicht auf Chinesisch an und stehen daher aus Sicht der Nachfrager auch nicht in einem engen Austauschverhältnis mit der Suchmaschine *Baidu*. Angesichts der sprachlichen Spezialisierung ist daher anzunehmen, dass die Wettbewerber ausschließlich aus China stammen.

bb. Fehlender Nachweis einer marktbeherrschenden Stellung

Renrens Klage scheiterte am Nachweis der marktbeherrschenden Stellung *Baidus*, der im Bereich des Internetmarktes besonders schwierig ist.⁵⁸

(1) Analyse Kriterien und Vermutungsregel

Zur Bestimmung des in § 17 Abs. 2 AMG geregelten Tatbestandsmerkmals der marktbeherrschenden Stellung listet § 18 AMG beispielhaft verschiedene ökonomische Kriterien auf, denen eine Indizwirkung zukommt. Wichtigster Indikator ist generell der Marktanteil,⁵⁹ obgleich im Einzelfall weitere Faktoren eine Rolle spielen können (z. B. Wettbewerbsbedingungen auf dem betroffenen Markt, Kontrollmöglichkeit im Absatz- und Rohstoffmarkt, die Finanzkraft und technische Fähigkeiten, die Abhängigkeit der Wettbewerber, die Schwierigkeit des Markteintritts oder Verflechtungen mit anderen Unternehmen), die stets im Rahmen einer Gesamtbetrachtung zu würdigen sind. Deren Analyse liefert Auskunft darüber, inwieweit

der Wettbewerb durch die Anwesenheit des vermeintlichen Monopolisten geschwächt ist und der Fortschritt der gesamten Branche behindert wird. Eine dahingehende Erleichterung des grundsätzlich in zivilrechtlichen Streitigkeiten beweisbelasteten Klägers⁶⁰ normiert § 19 Abs. 1 AMG, der eine widerlegbare Vermutungsregel beinhaltet, die bei einem Marktanteil von über 50 Prozent anzunehmen ist. Im genannten Fall kam es in erster Linie auf die Nachweisbarkeit des behaupteten Marktanteils an und die Frage, ob die Vermutungsregel eingreifen kann.

(2) Unzureichende Daten zur Berechnung des Marktanteils und Beweislast

Aufgrund zahlreicher Zeitungsartikel und Medienberichte, dass die Beklagte die Grenze der Vermutungsklausel überschritten habe und aufgrund der Tatsache, dass sie ihren Marktanteil auf der eigenen Webseite selbst auf über 50 Prozent bezifferte,⁶¹ schien auf den ersten Blick der Rückgriff auf § 19 Abs. 1 AMG naheliegend. Um dies jedoch annehmen zu können, hätte die Klägerin hinreichende Informationen zur genauen Berechnung des behaupteten Marktanteils liefern müssen. Nach Ansicht des Volksgerichts seien bei wichtigen Tatbestandselementen, wie der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung, solchen Anforderungen nicht durch Medienberichte, Bekenntnisse außerhalb des Verfahrens⁶² oder oberflächlichen Kalkulationen erfüllt. Die Rechtsprechung knüpft demnach strenge Anforderungen an die Qualität und die Aussagekraft der Beweismittel.⁶³ Insofern müssen spezielle ökonomische Statistiken und die zugrundeliegende wissenschaftliche und eindeutig nachvollziehbare Berechnungsmethoden im Hinblick auf den vom Gericht als relevant erachteten Markt dargelegt werden. Dies vermochte die Klägerin jedoch nicht zur Verfügung zu stellen, so dass sie letztlich an den hohen Beweisanforderungen vor Gericht scheiterte.⁶⁴ Es handelt sich hierbei um ein generelles Problem in kartellrechtlichen Zivilrechtsstreitigkeiten. Erschwert wird dies oftmals dadurch, dass die meisten relevanten Daten aus der Sphäre des Beklagten stammen. Deren Beschaffung ist für

⁵⁶ Markus Masseli (Fn. 17), S. 127.

⁵⁷ Angela Huyue ZHANG (Fn. 44), S. 284.

⁵⁸ Siehe Jiangxiao Athena HOU/Jane YI (Fn. 17), S. 86.

⁵⁹ Markus Masseli, Das Antimonopolgesetz der VR China, ZChinR 2007, S. 259 (266), m.w.N.

⁶⁰ Vanessa van Weelden, Private Rechtsdurchsetzung im chinesischen Kartellrecht, ZChinR 2010, 209 (215).

⁶¹ Michael Zhenping GU (Fn. 30), S. 132 f., wobei Baidu von 70 % Marktanteil ausgeht.

⁶² Es handelt sich ebenso wenig um ein Eingeständnis gemäß Art. 75 Abs. 1 der Ansichten des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Zivilprozessgesetzes (最高人民法院关于民事诉讼法的应用中若干问题的意见), v. 14.7.1992, Fa Fa [1992] Nr. 22: "The parties concerned need not to assume the burden of proof for the following facts: 1. One party has clearly admitted the facts of a case or the claims as presented by the other party; [...]"

⁶³ Wu PENG/Michael ZP SU/Xue YI, Chapter 8 - China, in: Shaun Goodman (Hrsg.), The Public Competition Enforcement Review, 2nd Edition, 2010, S. 100.

⁶⁴ Xiaoye WANG/Adrian Emch (Fn. 9), S.265.

die Klägerseite oftmals nicht möglich oder nur mit einem unverhältnismäßig hohen Kostenaufwand verbunden.⁶⁵ Zwar erfolgte bereits eine teilweise Erleichterung der Beweislast im Jahr 2012 durch die veröffentlichte Bestimmung des Obersten Volksgerichts zur Auslegung bei monopolistischen Zivilstreitigkeiten⁶⁶. Danach kann für den Nachweis der marktbeherrschenden Stellung, den das Gericht – unter Würdigung der Marktstruktur und der Wettbewerbsbedingungen⁶⁷ – widerlegbar feststellen kann,⁶⁸ auch der Kläger auf Informationsmaterial des Beklagten zurückgreifen.⁶⁹ Allerdings zeigt die genannte Entscheidung auch, dass das Gericht bei wichtigen Tatbestandsmerkmalen sehr hohe Anforderungen an die wissenschaftliche und objektive Qualität der Informationen, vor allem die Darlegung der Berechnung des Marktanteils und die zugrundeliegende Analysemethoden knüpft, zumal sich dies auf den im Verfahren definierten Markt beziehen muss, der aber bei mehrseitigen Märkten nicht immer klar abgrenzbar ist.

cc. Marktmachtmissbrauch und sachliche Rechtfertigung

Generell schwieriger ist der klägerische Nachweis eines missbräuchlichen Verhaltens. Ein solches liegt nach § 6 AMG vor, wenn es den Marktwettbewerb behindert oder ausschließt, wobei § 17 Abs. 1 AMG beispielhaft besondere Formen missbräuchlicher Marktpraktiken normiert.

(1) Hinsichtlich des klägerischen Vorwurfs, dass die Beklagte die Treffer auf ihrer Webseite für die Webseite der Klägerin reduziert habe, um diese dazu zu drängen, auf eine spezielle kostenpflichtige Werbefunktion der Beklagten umzusteigen, prüfte das Gericht einen Verstoß gegen § 17 Abs. 1 Nr. 4 AMG. Ein solcher ist insbesondere anzunehmen, wenn das in Frage stehende marktbeherrschende Unternehmen den Geschäftspartner ohne lauterer Grund darauf beschränkt, nur mit ihm oder einem von ihm bestimmten Handelspartner Geschäfte zu betreiben. Es handelt sich um die Fallgruppe der Ausschließlichkeitsvereinbarung, deren Zweck darin besteht, den Abnehmer vom Wechsel seines Anbieters abzuhalten; eine solche kann zur Marktabschottung und Verfestigung der marktbeherrschenden Stellung führen. Allerdings

stellt das Verhalten von *Baidu* keinen typischen Fall einer Ausschließlichkeitsvereinbarung dar.⁷⁰ Das Oberste Volksgericht lehnte eine Schädigung des Marktwettbewerbs ab, da die Klägerin eine Marktabschottung durch die Beklagte nicht beweisen, sondern sogar nach eigenen Angaben auf die Suchmaschine *Google* zurückgreifen konnte. Zudem fehlte aus Sicht des Gerichts der Nachweis, dass die unstreitig vorgenommene Reduzierung der Treffer von *Renrens* Webseite im Suchmaschinen-Ranking *Baidus* auf der verringerten Bezahlung für Werbeanzeigen kausal beruhte.⁷¹

(2) Im Hinblick auf die Blockierung der Webseite kommt jedoch ein Verstoß gegen § 17 Abs. 1 Nr. 6 AMG, der ein Diskriminierungsverbot enthält, in Betracht. Danach liegt ein Missbrauch vor, wenn ohne lauterer Grund Handelspartner, bei denen die gleichen Bedingungen gegeben sind, in Bezug auf die Preise oder andere Geschäftsbedingungen unterschiedlich behandelt werden. Obgleich sich die Klägerin auf einen solchen Verstoß nicht berief, untersuchte ihn das Oberste Volksgericht und stufte jenes Verhalten als nicht diskriminierend ein, da jene Firmenpolitik auf *Baidus* Webseite veröffentlicht war, mithin bekannt sein durfte und auf sämtliche Webseiten Anwendung findet. Unklar bleibt indes, ob die Beklagte nicht vielmehr die Klägerin zum Erwerb einer kostenintensiveren Werbefunktion drängen wollte.⁷²

(3) Gleichwohl hielt das Oberste Volksgericht das in Frage stehende Verhalten wegen der Fülle an Spam-Verlinkungen auch für gerechtfertigt, weil es in erster Linie eine objektive Onlinesuche für Internetnutzer sichere. Auffällig ist dabei, dass der vermeintliche Missbrauch scheinbar zusammen mit der sachlichen Rechtfertigung geprüft wurde,⁷³ obgleich es sich – aus systematischer Sicht – um verschiedene Tatbestandsmerkmale handelt. Das AMG konkretisiert die Option der sachlichen Rechtfertigung nicht näher, so dass die Anforderungen und Grenzen unklar bleiben. Da es sich aber um die Möglichkeit zur Verteidigung des beklagten Unternehmens handelt, ist anzunehmen, dass dieser auch die Beweislast trägt.⁷⁴ Nach der Rechtsprechung können beispielsweise eine fehlende Kreditwürdigkeit des Geschäftspartners⁷⁵ oder Schutzmaßnah-

⁶⁵ Michael Zhenping GU (Fn. 30), S. 134.

⁶⁶ Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen der Anwendung des Rechts in Verhandlungen wegen zivilrechtlicher Streitigkeiten aufgrund monopolisierender Verhaltensweisen (最高人民法院关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定) vom 3.5.2012, die am 1.6.2012 in Kraft traten; eine chinesisch-deutsche Fassung findet sich in ZChinR 2012, S. 375 ff.; nachfolgend abgekürzt als "Bestimmungen des OVG zu zivilrechtlichen Fragen".

⁶⁷ Xiaoye WANG/Adrian Emch (Fn. 9), S. 264.

⁶⁸ Siehe Art. 9 der Bestimmungen des OVG zu zivilrechtlichen Fragen.

⁶⁹ Siehe Art. 10 der Bestimmungen des OVG zu zivilrechtlichen Fragen.

⁷⁰ Angela Huyue ZHANG (Fn. 44), S. 290.

⁷¹ Dennis LU/Guofu TAN, Economics and Private Litigation in China, September 2012, Legal Studies Research Paper Series No. 12-21, S. 18, abrufbar unter: <www.lawgip.usc.edu/centers/class/class-workshops/cleo-working-papers/documents/C12_13_paper.pdf> (eingesehen am 28.3.2014).

⁷² Angela Huyue ZHANG (Fn. 44), S. 277 und S. 289.

⁷³ Adrian Emch/Jonathan LIANG, Private Antitrust Litigation in China – The Burden of Proof and Its Challenges, CPI Antitrust Chronicle, April 2013 (1), S. 10, abrufbar unter: <<http://awards.concurrences.com/IMG/pdf/private.pdf>> (eingesehen am 11.3.2014).

⁷⁴ Adrian Emch/Jonathan LIANG (Fn. 73), S. 11.

⁷⁵ Mittleres Volksgericht der Stadt Beijing (北京中级人民法院), Urteil

men⁷⁶ ein missbräuchliches Verhalten rechtfertigen, mithin berechnete Geschäftsinteressen, worunter auch die Sicherstellung einer objektiven Internet-suche fällt. Darüber hinaus sind Effizienzerwägungen⁷⁷ denkbar, soweit sie den Schaden für den Wettbewerb mindestens ausgleichen. Insofern kommt es maßgeblich auf den Nachweis rationaler oder ökonomischer Gründe an, die jeweils am konkreten Einzelfall zu beurteilen sind.⁷⁸

2. Der Fall *Qihoo 360 gegen Tencent* (2013)

Nennenswert ist ferner die Entscheidung *Qihoo 360 gegen Tencent* des Hohen Volksgerichts der Provinz Guangdong aus dem Jahr 2013,⁷⁹ die nicht nur aufgrund der in China großen Beliebtheit der beteiligten chinesischen Unternehmen bedeutsam,⁸⁰ sondern auch wegen der auffällig detaillierten Analyse in rechtlicher und ökonomischer Hinsicht wegweisend ist.

a. Sachverhalt

Die Klägerin *Qihoo 360* vertreibt unter anderem Antivirensoftware und verbuchte bereits im Februar 2012 für ihr Online-Sicherheitsprogramm 366 Millionen Aktivnutzer monatlich. Dagegen ist die beklagte Gesellschaft *Tencent* die größte chinesische Diensteanbieterin für Kurznachrichtendienste in Echtzeit (sogenannte *Instant-Messaging-Programme*), deren weit verbreitetes Online-Netzwerk namens „Tencent QQ“ monatlich rund 399 Millionen (2012) zählte.⁸¹ Sie hat insgesamt ca. 800 Millionen aktive Nutzer.⁸² Zudem bietet die Beklagte generell eine

Vielzahl an kostenfreien Internetdiensten an, wie z. B. Online-Sicherheitsprogramme, einen Internet-Blog, Internet-Spiele, den elektronischen Handel oder die für Smartphones entwickelte Nachrichten-App *WeChat*. Neben dem vielseitigen Kommunikationsservice sind in das QQ-Programm weitere Internetdienstfunktionen integriert, so beispielsweise eine netzwerkübergreifende Serviceleistung, welche die Nutzung der *Skype*-Software erlaubt. Gegenstand des klägerischen Vorwurfs war der Umstand, dass die Beklagte einerseits ihre *Instant-Messaging*-Software an firmeneigene Sicherheitsprogramme knüpfte und darüber hinaus ihre Kunden vor Betriebsstörungen des QQ-Programms mit der Software von *Tencent* warnte und sodann aufforderte, diese zu deinstallieren, da sie ansonsten den QQ-Service beenden würde. Die Klägerin beehrte neben einer Schadensersatzsumme in Höhe von RMB 150 Millionen Yuan⁸³ die Unterlassung des vermeintlichen Verstoßes und darüber hinaus eine öffentliche Entschuldigung.⁸⁴

b. Rechtliche Probleme

Das die Internetbranche betreffende Urteil *Qihoo 360 gegen Tencent* befasste sich erneut mit dem Vorwurf des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung. Kennzeichnend ist insbesondere die gerichtliche Betonung des dynamischen Innovationswettbewerbs, den das AMG ebenso zu schützen versucht.⁸⁵ Dieser betrifft die künftige Marktentwicklung im Hinblick auf den wirtschaftlichen und technischen Fortschritt sowie das Hervorbringen innovativer und verbesserter Produkte und Leistungen.

aa. Reichweite der sachlichen Marktdefinition

(1) Als besonders schwierig erwies sich erneut die genaue Abgrenzung des relevanten Produktmarktes im Bereich des Internets. Die Klägerin behauptete, dass ein Markt für integrierte *Instant-Messaging*-Software bestehe, weil zwischen ihrer eigenen Software und Programmen anderer Provider, die ähnliche Dienste erbringen, ein funktionaler Unterschied bestehe. Insofern würden Nachfrager lediglich *Instant-Messaging*-Software mit nur einer Funktion (z. B. Text, Audio, Video) durch solche mit einer integrierten Software austauschen, jedoch nicht der umgedrehte Fall eintreten. Die Beklagte erwiderte daraufhin, dass der relevante Markt weiter sei und insoweit die generelle Nutzung von Internetplatt-

vom 18.12.2009, Fall Nr. 2, [(2008) Er Zhong Min Chu Zi No. 17385, 二中民初字第 17385 号] - Li Fangping v. China Netcom (Group) Co. Ltd. Beijing Branch; bestätigt durch das Hohe Volksgericht der Stadt Beijing, Urteil vom 9. 6. 2010, [2010] Gao Min Zhong Zi No. 481 (高民终字第 481 号) - Li Fangping v. China Netcom (Group) Co. Ltd. Beijing Branch (李芳萍与中国网通(集体)公司有限公司北京分公司垄断纠纷).

⁷⁶ Hohes Volksgericht von Guangdong (广东省高级人民法院), Urteil vom 20.3.2013, Fall Nr. 2 [(2011) 粤高法民三初字第 2 号] - Beijing Qihoo Technology Co. Ltd. v. Tencent Technology (Shenzhen) Co. Ltd. and Shenzhen Tencent Calculation Systems Co. Ltd. (北京奇虎 360 有限公司诉深圳腾讯科技有限公司), abrufbar unter: <www.tencent.com/zh-cn/content/ir/rp/2011/attachments/201102.pdf> (abgerufen am: 1.12.2013).

⁷⁷ So auch Art. 8 der Bestimmung der Staatsverwaltung für Industrie und Handel (SAIC; chinesisch: 中华人民共和国国家工商行政管理总局) zum Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (工商行政管理机关 禁止滥用市场支配地位行为的规定) v. 31.10.2010, in Kraft seit dem 1.2.2011.

⁷⁸ Michael Zhenping GU (Fn. 30), S. 133.

⁷⁹ Hohes Volksgericht von Guangdong (广东省高级人民法院), Urteil vom 20.3.2013, Fall Nr. 2 (Fn. 76); eine Übersetzung ins Englische findet sich bei David S. Evans/Vanessa Yanhua ZHANG/Howard H. CHANG, Analyzing Competition Among Internet Players: Qihoo 360 v. Tencent, CPI Antitrust Chronicle, May 2013 (1), S. 10 ff, abrufbar unter: <www.competitionpolicyinternational.com/file/view/7047> (eingesehen am 10.3.2014).

⁸⁰ Michael GU/Zhan HAO (Fn. 13), S. 84; Xiaoye WANG/Adrian Emch (Fn. 9), S. 265.

⁸¹ David S. Evans/Vanessa Yanhua ZHANG, The Qihoo v. Tencent Landmark Decision, Competition Policy International, 2013, S. 2 f., abrufbar unter: <www.competitionpolicyinternational.com/assets/Uploads/Asia4-9-2013-2.pdf> (eingesehen am 18.12.2013).

⁸² WANG Xiaoye/Adrian Emch (Fn. 9), S. 265.

⁸³ Dies entspricht einer Geldsumme von umgerechnet rund 17.792.000 Euro (Kurs: 5.2.2014).

⁸⁴ Xiaoye WANG/Adrian Emch (Fn. 9), S. 265.

⁸⁵ Siehe Yong HUANG, Pursuing the Second Best The History, Momentum, and Remaining Issues of Chinas Anti-Monopoly Law, Volume 75 Antitrust Law Journal, 117, 120 (2008).

formen, inklusive der Mikro-Blogging-Dienste und sozialen Netzwerke erfasse. Das Hohe Volksgericht lies zwar im Ergebnis offen, inwieweit der sachlich relevante Markt abzugrenzen sei, lehnte jedoch zumindest eindeutig die seitens der Klägerin behauptete engere Marktdefinition ab. Insofern könnten Nachfrager leicht und kostenfrei zu einem der drei genannten Datenübertragungsdienste wechseln, zumal auch auf Angebotsseite die meisten Provider gleichartige Produkte und Dienste parallel anbieten können, so dass allein die Betrachtung der unterschiedlichen Funktionen keine Abgrenzung kleinerer, funktional nicht überschneidender Märkte rechtfertigt.

(2) Die Entscheidung zeichnet sich unter anderem dadurch aus, dass sie sich mit der Natur des Wettbewerbsphänomens im Bereich des Internets auseinandersetzt. Neben den dynamischen Elementen des Wettbewerbs im Falle mehrseitiger Online-Plattformen beleuchtete das Volksgericht außerdem die besonderen technischen Eigenschaften der Internetbranche Chinas. Im Mittelpunkt stehe dabei die aus Nachfragersicht maßgebliche kostenlose Verfügbarkeit der Online-Erzeugnisse. Es handelt sich hierbei im Allgemeinen um das bevorzugte und für den Internetsektor auch typische Geschäftsmodell der Provider, die damit um die Aufmerksamkeit der Internet-Nutzer konkurrieren.⁸⁶ Diese setzen den Preis „auf Null“, um eine hohe Anzahl an Nutzern anzulocken, aus deren Daten sie durch entsprechende kostenpflichtige Werbung der Werbetreibler als weitere Kundengruppe profitieren, was wiederum dazu beiträgt, deren Gratis-Warendienst effektiv weiter auszubauen. Jene Unternehmensstrategie findet sich ebenso bei Providern anderer Kommunikationsmedien, die in Echtzeit über das Internet Daten übertragen und daher aus Sicht der Nachfrager austauschbar sind. Dem liegt die ökonomische Überlegung zugrunde, dass zwar funktionale Unterschiede zwischen den einzelnen Programmen anderer Dienstleister bestehen und auch die Qualität sowie die spezielle Werbefunktion wichtige Kriterien bilden, jedoch – unter ausdrücklicher Würdigung des hypothetischen Monopolisten-Tests⁸⁷ – die Nachfrager bei einer hypothetischen Erhebung eines Preises für die Dienstleistung zu einem anderen Provider wechseln würden.⁸⁸ Daneben untersuchte das Volksgericht die Angebotssubstitution, die es bejahte, weil sich das genannte Geschäftsmodell leicht imitieren lasse und insofern sehr niedrige Eintrittsschranken bestehen.

⁸⁶ Hohes Volksgericht von Guangdong (广东省高级人民法院), Urteil v. 20.3.2013, Fall Nr. 2 (Fn. 76).

⁸⁷ WANG Xiaoye/Adrian Emch (Fn. 9), S. 265.

⁸⁸ David S. Evans/Vanessa Yanhua ZHANG/Howard H. CHANG (Fn. 81), S. 6.

bb. Feststellung eines globalen räumlichen Marktes

Entgegen der Entscheidung des Obersten Volksgerichts in der Sache *Renren gegen Baidu* bevorzugte das Hohe Volksgericht der Provinz Guangdong im Fall *Qihoo 360 gegen Tencent* – entsprechend dem Vortrag der Beklagten – eine sehr weite räumliche Marktabgrenzung. Insofern erachtete das Gericht nicht den chinesischen nationalen Markt als relevant, sondern nahm stattdessen einen weltweiten Markt an, da die Parteien ebenso mit ausländischen Produzenten im Wettbewerb stünden. Für einen globalen Markt spricht zwar, dass wegen der durch das Internet weltweiten Verfügbarkeit des QQ-Programms eine Nutzung sowohl im In- als auch im Ausland möglich ist. Allerdings ist eine derart weite Marktabgrenzung angesichts der tatsächlichen Verhältnisse auf dem chinesischen Internetmarkt zweifelhaft.⁸⁹ Bei der QQ-Software von *Tencent* handelt es sich generell um ein Produkt, das für chinesische Nutzer konzipiert wurde. Diese greifen in der Regel auf *Instant-Messaging*-Dienste aus China und nur sehr wenig auf vergleichbare Programme aus Europa oder den USA, wie etwa *Twitter*, *Facebook* (Chat), *ICQ* oder *MSN* zurück, da sie üblicherweise (in China verfügbare) Software in ihrer eigenen Sprache bevorzugen. Um deren Präferenzen gerecht zu werden und eine echte Wettbewerbsbeziehung mit ausländischen Unternehmen annehmen zu können, müssten Letztere ihre Software in chinesischer Sprache anbieten, was sodann aber wiederum für die Relevanz des chinesischen Marktes sprechen würde.⁹⁰ Sowohl die besondere Sprache als auch die chinesische Internetstruktur, mithin die Reglementierung des chinesischen Internetmarktes, sprechen demzufolge für eine nationale, engere Marktdefinition.

c. Analyse der marktbeherrschenden Stellung

Eine Kernaussage des Gerichts bei der Prüfung der marktbeherrschenden Stellung von *Tencent* besteht darin, dass der Marktanteil (§ 18 Nr. 1 AMG) aufgrund der besonderen Marktbedingungen der Internetindustrie kein wichtiges Kriterium darstellt. Es stellte vielmehr auf die Anzahl der Wettbewerber auf dem Markt und etwaige Zutrittschranken potentieller Mitbewerber ab (§ 18 Nr. 5 AMG). Neben den Wettbewerbsbedingungen spielte die Unternehmensstruktur eine Rolle, mithin die Bezie-

⁸⁹ Auch HU Runtian (胡润田), Einige Überlegungen zu den Wettbewerbsregeln im Internetbereich – Kommentierung zum Fall *Qihoo 360 gegen Tencent* (中国互联网行业竞争法规制的若干思考 – 兼评奇虎诉腾讯垄断案), in: Produktivitätsanalyse (生产力研究), 2013, Heft 6, S. 68 (69).

⁹⁰ ZHAN Hao (詹昊), Kommentar zum Urteil *Qihoo 360 gegen Tencent* QQ – Erster Versuch zur Gestaltung des Zivilprozesses in kartellrechtlichen Streitigkeiten in China (评360诉腾讯垄断行为侵权纠纷一审判决: 中国反垄断民事诉讼制度构建的首次真实尝试), in: Elektronisches Geistiges Eigentum (子知权), 2013, Heft 4, S. 24 (28).

lungen zwischen *Tencent* und seinen Konkurrenten im Hinblick auf einen möglichen technologischen Vorsprung und dessen Wirtschafts- und Finanzkraft (§ 18 Nr. 3 AMG).

Im Ergebnis lehnte das Hohe Volksgericht eine marktbeherrschende Stellung ab, weil der Wettbewerb weder abgeschottet noch blockiert gewesen sei. Zunächst verwarf es die klägerische Behauptung, dass die Beklagte einen Marktanteil von über 76 Prozent inne habe und daher die Regel des § 19 AMG eingreife, nach der bei über 50 Prozent des Marktanteils eine Beherrscherstellung vermutet wird. Die von der Klägerin vorgelegten Analyseberichte, die Daten zur Zahl der aktiven Nutzer des kostenlosen QQ-Programms *Tencents* aufzeigten, genügt den gerichtlichen Beweisanforderungen nicht, weil diese Tablet-PCs, Mikro-Blogging-Dienste, sowie mobile und soziale Netzwerke vernachlässigte.⁹¹ Dennoch untersuchte es, ob bei Annahme der engeren Marktabgrenzung eine Beherrscherposition begründbar gewesen wäre. Es stellte darauf ab, dass auf dem Internetmarkt Wettbewerber (z. B. *Apple* oder *China Telecom & China Unicom*) existierten, die ebenso kostenfreie *Instant-Messaging*-Dienstleistungen anbieten, auf welche die Nutzer mit Leichtigkeit umsteigen könnten, d. h. *Tencent* mit vergleichbar finanzstarken Internetunternehmen konkurriere und daher weder einen Marktpreis noch andere Handelsbedingungen kontrolliere.⁹² Auch erzeuge *Tencent* keine technologischen Zutrittsbarrieren, da mehrere neue Unternehmen, wie etwa *Fetion*⁹³ und *Aliwangwang*⁹⁴ den Markteintritt schafften, was belege, dass der Markt nicht abgeschottet, sondern offen und wettbewerbsfähig sei.⁹⁵

Allerdings finden sich kaum Ausführungen zu den technischen Eigenschaften der QQ-Produkte, obgleich diese in Märkten, die sich – wie im vorliegenden Fall – durch Netzwerkstrukturen und Immaterialgüterrechte auszeichnen, entscheidend sind und daher nicht ausgeschlossen ist, dass mitunter die Kombination der patentgeschützten QQ-Programme Eintrittsschranken erzeugen können,⁹⁶ zumal *Tencent* damit seine Kunden an sich bindet.⁹⁷ Zwar genügt der alleinige Besitz gewerbli-

cher Schutzrechte (z. B. Patentrechte) nicht, um eine marktbeherrschende Stellung zu begründen, da es dem Inhaber lediglich das Nutzungsrecht an einer Erfindung sichert. Jedoch kann es ein ergänzendes Indiz neben weiteren Kriterien sein, die für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung sprechen. Im Internetsektor spielt es eine große Rolle, ob das fragliche Unternehmen in neue Produkte investieren kann und an diesen gewerbliche Schutzrechte ausübt,⁹⁸ weil es damit seine bestehende Marktposition weiter ausbauen und verfestigen kann. Zusätzlich lässt sich der Marktanteil als Indiz heranziehen, da es stets auf eine Gesamtbetrachtung aller relevanten Faktoren im konkreten Einzelfall ankommt. Lediglich dadurch lässt sich rechtssicher feststellen, ob tatsächlich eine echte florierende Wettbewerbswirtschaft existiert. Auch wenn der Marktanteil in der Internetbranche weniger relevant sein sollte, ist jenes Kriterium dennoch nicht gänzlich unbeachtlich. Berücksichtigt man im konkreten Fall daher, dass die Beklagte mit 800 Millionen aktiven Nutzern die größte chinesische *Instant-Messaging*-Diensteanbieterin darstellt, ist die Annahme eines hohen Marktanteils naheliegend und damit auch die Anwendung der Vermutungsregel. Es kam somit durchaus in Betracht, dass die Beklagte doch eine marktbeherrschende Stellung auf dem unterstellten Markt inne gehabt hat.

d. Möglicherweise auch missbräuchliches Verhalten?

aa. Das Hohe Volksgericht untersuchte – trotz des fehlenden Nachweises einer marktbeherrschenden Stellung der Beklagten – weiter, ob möglicherweise ein missbräuchliches Verhalten vorgelegen hätte. Die Ausführungen zur Analyse des Missbrauchs sind zumindest aus verfahrensökonomischen Gründen fragwürdig,⁹⁹ lassen sich aber als *obiter dicta* werten.

bb. Nennenswert ist die richterliche Analyse des Kopplungsverhaltens.¹⁰⁰ Ausgangspunkt war die Tatsache, dass die Beklagte ihre *Instant-Messaging*-Software an firmeneigene Sicherheitsprogramme geknüpft hatte. Ein unzulässiges Kopplungsverhalten nach § 17 Abs. 1 Nr. 5 AMG lehnte das Volksgericht jedoch ab. Ein solches ist generell nur dann anzunehmen, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen ohne angemessenen Grund seine Erzeugnisse miteinander gekoppelt verkauft oder bei Geschäften andere unvernünftige Geschäfts-

⁹¹ Hohes Volksgericht von Guangdong (广东省高级人民法院), Urteil v. 20.3.2013, Fall Nr. 2 (Fn. 76).

⁹² Hohes Volksgericht von Guangdong (广东省高级人民法院), Urteil v. 20.3.2013, Fall Nr. 2 (Fn. 76).

⁹³ 飞信.

⁹⁴ 阿里旺旺.

⁹⁵ Hohes Volksgericht von Guangdong (广东省高级人民法院), Urteil v. 20.3.2013, Fall Nr. 2 (Fn. 76).

⁹⁶ So bereits WANG Heng/CAO Jiahua (王恒, 曹家华), Kartellrechtliche Analyse des Falls Qihoo 360 gegen Tencent QQ (‘‘腾讯QQ’’与‘‘360’’之争的反垄断法分析), in: Amtsblatt der Universität für Wirtschaft Hubei (湖北经济学院学报), 2012, Volume 10, Heft 1, S. 108 (109).

⁹⁷ LIU Xu (刘旭), Feststellung der marktbeherrschenden Stellung im Fall Qihoo gegen Tencent (奇虎诉腾讯滥用市场支配地位案中的市场支配地位

认定 参考德国和欧盟经验简析广东省高级法院一审判决), in: Elektronisches Geistiges Eigentum (电子知识产权), Heft 4, 2013, S. 30 (33).

⁹⁸ Siehe Art. 10 Abs. 3 S. 1 der Verordnung zum Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung.

⁹⁹ Adrian Emch/Jonathan LIANG (Fn. 73), S. 10.

¹⁰⁰ David S. Evans/Vanessa Yanhua ZHANG (Fn. 81), S. 5.

bedingungen stellt. Dies könnte dann in Betracht kommen, wenn die Kombination der Waren beispielsweise gegen übliche Handelspraktiken oder Verbrauchergewohnheiten verstößt bzw. deren Funktionen vernachlässigt.¹⁰¹ Diese Umstände waren für das Gericht vorliegend nicht ersichtlich. Zudem konnte die Klägerin nicht beweisen, dass *Tencent* den Marktwettbewerb behindere. Nach Ansicht des Gericht beruhe das fragliche Verhalten vielmehr auf rationalen ökonomischen Erwägungen, da die Geschäftsentscheidung, die beiden QQ-Produkte zu kombinieren, den Wettbewerb fördere und letztlich vor allem die PC-Anwendung, mithin den Nutzen für die Verbraucher, verbessere.¹⁰²

cc. Die Klägerin rügte schließlich, dass die Beklagte ihre Nutzer aufgefordert habe, *Qihoo's* Antiviren-Software zu deinstallieren, weil es ansonsten den Zugriff auf das *QQ-Instant-Messaging*-Programm einstelle. Das Volksgericht prüfte und bejahte zunächst einen Verstoß gegen das in § 17 Abs. 1 Nr. 4 AMG geregelte Verbot der Ausschließlichkeitsbindungen, weil die Beklagte ihre Kunden darauf beschränkt habe, nur auf seine Produkte zurückzugreifen, was einen Rückgriff auf das alternative *Qihoo*-Programm ausschloss und damit den Wettbewerb für *Instant-Messaging*-Dienste behindert habe. Dagegen lehnte es eine Rechtfertigung wegen dem Schutz eigener wirtschaftlicher Interessen, mithin aufgrund legitimer Geschäftsinteressen ab, weil *Tencents* Verhalten die Grenzen des Notwendigen überschreite. Es ist anzunehmen, dass nach Ansicht des Gerichts *Tencents* Abwehrmaßnahmen dem Grunde nach nicht direkt der Klägerin galten, sondern sich vielmehr gegen die Nutzer des *QQ*-Programms richteten, die nicht mehr zwischen zwei verschiedenen Sicherheitsprogrammen unterschiedlicher Provider wählen konnten.¹⁰³

IV. Schlussbetrachtung

1. Während in Europa darüber diskutiert wird, ob auf bestimmten Märkten mehr Regulierung zu fordern ist, besteht in China das gegenteilige Problem, nämlich zu ermitteln, wie viel Regulierung abgebaut werden muss, um den Wettbewerb und dadurch die Volkswirtschaft zu fördern. Vor diesem Hintergrund ist die im Herbst 2013 durch die Zentralregierung Chinas verkündete „neue Phase“ der wirtschaftspolitischen Reform und Öffnung zu begrüßen, die unter anderem dem weiteren Abbau der Monopole und eine vertiefte Förderung des Wett-

bewerbs vorsieht.¹⁰⁴ Die Umsetzung der Reformbestrebungen bleibt jedoch abzuwarten. Problematisch sind insbesondere staatliche Monopole, wie jene im Telekommunikationssektor, zumal bereits ein internationaler Vergleich zeigt, dass der Prozess der Liberalisierung in jener Branche schwierig sein kann. Dennoch haben die zuständigen Behörden in jüngerer Zeit gezeigt, dass sie gewillt sind, das Missbrauchsverbot in § 6 und § 17 AMG auch gegenüber staatseigenen Unternehmen durchzusetzen und damit den Weg für eine effektivere Durchsetzung ebnet; die Regelung des § 7 AMG steht dem auch nicht entgegen. Auffällig ist dabei jedoch der starke Einfluss des Staates auf die öffentlich-rechtliche Durchsetzung, wenn besonders große staatseigene Unternehmen betroffen sind. Einerseits ist er nicht gewillt, seine Position aufzugeben, andererseits versucht er jedoch, die daraus entspringenden negativen Folgen für die Entwicklung des Marktes künstlich auszugleichen, so wie es das AMG normiert.

2. Eine zunehmende Effektivität der Durchsetzung des Missbrauchsverbotes zeigt sich nicht nur beim öffentlich-rechtlichen Vollzug, sondern ebenso bei der privatrechtlichen Verfolgung monopolistischen Marktverhaltens. Zwar bestehen in der Praxis trotz Beweiserleichterungen zu Gunsten des Klägers weiterhin nicht unerhebliche Beweisschwierigkeiten im gerichtlichen Verfahren aufgrund der seitens der Rechtsprechung geforderten hohen Anforderungen. Positiv hervorzuheben ist aber, dass die Volksgerichte bei besonders medienträchtigen Verfahren zu mehr Transparenz tendieren und detaillierte kartellrechtliche Analysen, insbesondere im Hinblick auf die Marktdefinition sowie den Kriterien zur Bestimmung einer Marktbeherrschung unter Berücksichtigung moderner ökonomischer Ansätze liefern. Dies ist für eine plausible und rechtssichere Marktmachanalyse im Bereich der dynamischen Internetbranche, die sich durch einen Innovationswettbewerb, Netzwerkstrukturen, gewerbliche Schutzrechte und technische Besonderheiten der Produkte und Dienstleistungen auszeichnet, wichtig und unerlässlich, vor allem wenn mehrseitige Plattformen betroffen sind und das Geschäftsmodell primär auf kostenlosen Online-Erzeugnissen (z. B. Suchmaschinen oder *Instant-Messaging*-Programme) aufbaut. Zwar fehlt es vereinzelt noch an einer tiefgründigen Untersuchung der Besonderheiten des Internetmarktes und seiner Struktur, jedoch liefern Entscheidungen wie *Renren* gegen *Baidu* oder *Qihoo 360* gegen *Tencent* eine wichtige Orientierungshilfe für künftige Entscheidungen.

¹⁰¹ Siehe Art. 6 der Bestimmung der Staatsverwaltung für Industrie und Handel (SAIC) zum Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (工商行政管理机关 禁止滥用市场支配地位行为的规定) v. 31.10.2010, in Kraft seit dem 1.2.2011.

¹⁰² Hohes Volksgericht von Guangdong, Urteil v. 20.3.2013, Fall Nr. 2 (Fn. 76).

¹⁰³ *Adrian Emch/Jonathan LIANG* (Fn. 73), S. 11.

¹⁰⁴ *Karsten Germis*, China löst sich von der Planwirtschaft, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung - Wirtschaft*, siehe <www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/zentralkomitee-hat-getagt-china-loest-sich-von-der-planwirtschaft-12661044.html> (eingesehen am 13.11.2013).