

Kartellverbot bei Mediation und Schiedsgerichtsbarkeit im Immaterialgüterrecht



unipress

Schriften zum deutschen und internationalen Persönlichkeits- und Immaterialgüterrecht

Band 48

Herausgegeben von Professor Dr. Haimo Schack, Kiel,
Direktor des Instituts für Europäisches und
Internationales Privat- und Verfahrensrecht

Marius Tillwich

Kartellverbot bei Mediation und Schiedsgerichtsbarkeit im Immaterialgüterrecht

V&R unipress

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

Gedruckt mit freundlicher Unterstützung der Studienstiftung ius vivum.

© 2019, V&R unipress GmbH, Robert-Bosch-Breite 6, D-37079 Göttingen
Alle Rechte vorbehalten. Das Werk und seine Teile sind urheberrechtlich geschützt.
Jede Verwertung in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlages.

Druck und Bindung: CPI books GmbH, Birkstraße 10, D-25917 Leck
Printed in the EU.

Vandenhoeck & Ruprecht Verlage | www.vandenhoeck-ruprecht-verlage.com

ISSN 2198-6398
ISBN 978-3-8470-0972-6

Inhalt

Vorwort	11
A. Einleitung	13
I. Problemaufriss	14
II. Forschungsstand	15
III. Gang der Arbeit	17
B. Interessenlage bei alternativer Streitbeilegung	19
I. Öffentliche Interessen	19
II. Konfliktparteien	21
III. Mediator	22
IV. Ergebnis	23
C. Kartellverbot	25
I. Recht der Europäischen Union	25
II. Unterschiede im deutschen Recht	26
III. Anwendbares Kartellverbot	27
1. Zwischenstaatlichkeitsklausel als Kollisionsnorm	27
a) Handel	27
b) Eignung zur Beeinträchtigung	27
c) Spürbarkeit der Handelsbeeinträchtigung	28
2. Auswirkungsprinzip	28
a) Recht der Europäischen Union	29
b) Deutsches Recht	29
3. Zwischenergebnis	29
IV. Tatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV	30
1. Normadressaten	30
2. Maßnahmen	30
a) Vereinbarungen	30
b) Beschlüsse	31

c) Abgestimmte Verhaltensweisen	31
3. Zwischenstaatlichkeitsklausel als Tatbestandsmerkmal	32
4. Wettbewerbsbeschränkung	32
V. Zweck des Kartellverbots insbesondere im gewerblichen Rechtsschutz	33
VI. Überblick über aktuelle Entwicklungen im Kartellrecht	34
D. Alternative Streitbeilegung	35
I. Begriff	35
II. Bedeutung	35
III. Methoden	38
1. Keine vertiefte Diskussion des VSBG	39
2. Schlichtung und vergleichbare Verfahren	39
a) Schlichtung im engeren Sinne	39
b) Güteverfahren als Schlichtung im weiteren Sinne	40
c) Schlichtungsstelle nach § 36a UrhG	40
3. Schiedsverfahren und vergleichbare Verfahren	41
a) Private Schiedsgerichtsbarkeit iSv §§ 1025 ff. ZPO	41
b) Internationale Schiedsgerichtsbarkeit	42
c) Besondere und modifizierte Schiedsverfahren	43
aa) Last-offer-Arbitration	43
bb) High-low-Arbitration	43
cc) Schiedsstellenverfahren nach §§ 28 ff. ArbNErfG	44
dd) Schiedsstellenverfahren nach §§ 92 ff. VGG	44
d) Ähnliche und vorgelagerte Verfahren zum Schiedsverfahren	44
aa) Mini-trial	45
bb) Early neutral evaluation	45
4. Adjudikation	46
5. Schiedsgutachten	46
6. Ombudsmann	47
7. Mediation und vergleichbare Verfahren	47
a) Kooperative Anwaltsverfahren	47
b) Mediationsverfahren im engeren Sinne	48
aa) Außergerichtliche Mediation	48
bb) WIPO-Mediation	49
cc) EUIPO-Mediation	50
dd) Gerichtsinterne Mediation	50
ee) Gerichtsnahe Mediation	51
c) Moderation	51
8. Verfahrenskombinationen mit Mediation	52

a) Med-Arb, MEDALOA, Max & Med-Adj	52
b) Erlaubte Personenidentität von Mediator und Schiedsrichter	53
IV. Konzentration auf Mediation und Schiedsgerichtsbarkeit	55
1. Gründe für die Konzentration auf Mediation	55
a) Harvard-Konzept	56
b) Spieltheorie und tit for tat	56
c) Loslösung vom Recht	57
d) Entscheidungsbefugnis der Parteien	58
e) Wettbewerb unter Mediatoren	58
f) Vertraulichkeit und Zeugnisverweigerungsrechte	58
g) Verzicht auf unmittelbare staatliche Kontrolle	59
h) Mangelnde rechtliche Ausbildung des Mediators	59
i) Zusammenfassung	60
2. Gründe für die Schiedsgerichtsbarkeit als Referenz	61
a) Grundlegende Gegenüberstellung von Mediation und Schiedsgerichtsbarkeit	61
b) Vollstreckbarkeit	62
c) Effektive Überprüfbarkeit des Ergebnisses	62
d) Verfahrenskombinationen und Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut – Brücke zwischen Mediation und Schiedsgerichtsbarkeit	63
3. Zwischenergebnis	63
E. Denkbare Kartellverstöße bei Mediation im Immaterialgüterrecht . .	65
I. Abgrenzungsvereinbarungen	65
II. Nichtangriffsabreden	67
III. Negativlizenzen	68
IV. Absoluter Gebietsschutz im Sortenschutz	68
V. Vergütete Beschränkung	68
VI. Marktaufteilung	69
VII. Lizenzverträge	69
VIII. Bestand und Umfang von Schutzrechten	70
IX. Zwischenergebnis	70
F. Kartellverbot und Mediation	73
I. Materiell-rechtliche Überprüfbarkeit am Maßstab des Kartellverbots	73
1. Gegenstand der Überprüfung – Relevante Phasen der Mediation	73
a) Die Phase vor der Mediationsabrede	74

b) Mediationsabrede	74
c) Mediationsprozess	74
d) Mediationsergebnis	75
e) Zwischenergebnis	75
2. Normenhierarchie bei Mediation und Kartellverbot	75
3. Privilegierung von Vergleichen im Wettbewerbsrecht	76
a) Rechtsprechung des BGH	76
b) Rechtsprechung des EUGH	77
c) Zwischenergebnis	79
4. Rechtswahlfreiheit und die Wahl nichtstaatlichen Rechts	80
a) Die Rechtswahl nach § 1051 ZPO	81
b) Möglichkeit der Rechtswahl nach § 1051 ZPO bei Mediation	82
c) Unterschiede zwischen § 1051 ZPO und Art. 3 Rom I-VO	83
d) Einschränkungen der Rechtswahl	83
aa) Eingriffsnormen und Ordre public	84
bb) Kartellverbot als Eingriffsnorm	84
cc) Kartellverbot als Teil des Ordre public	85
dd) Keine Einschränkung wegen Rechtsmissbrauchs	86
e) Zwischenergebnis	86
5. Zwischenergebnis: Materiell-rechtlich umfassende Überprüfbarkeit	87
II. Durchsetzbarkeit des Kartellverbots	87
1. Enforcement und die Rolle des Mediators	87
a) Public enforcement	88
b) Private enforcement	88
c) Verschwiegenheitspflicht und Zeugnisverweigerungsrechte	89
aa) Umfang der Verschwiegenheitspflicht in § 4 MediationsG	89
bb) Verhältnis zu sonstigen Zeugnisverweigerungsrechten	90
cc) Problem: »Flucht in die Mediation«	90
dd) Kein Zeugnisverweigerungsrecht für das Bußgeldverfahren	91
ee) Kein Anwaltsprivileg für Mediatoren	91
ff) Ordre public-Ausnahme von der Verschwiegenheitspflicht	92
gg) Zwischenergebnis	93
2. Durchsetzbarkeit bei der Vollstreckung	93
a) Titulierungsmöglichkeiten und staatliche Kontrolle	94
aa) Gescheiterte Einführung eines § 796d ZPO	94

bb) Anwaltsvergleich, § 796a ZPO	95
cc) Notarielle Vollstreckbarerklärung, § 796c ZPO	96
dd) Urkundenprozess, §§ 592 ff. ZPO	96
ee) Vollstreckung als Schiedsspruch (mit vereinbartem Wortlaut)	97
(1) Aufhebungsantrag, § 1059 ZPO	98
(2) Anerkennung und Vollstreckbarerklärung in- und ausländischer Schiedssprüche, §§ 1060, 1061 ZPO	100
ff) Alternative: Vertragliches Druckmittel	100
b) Zwischenergebnis: Vollstreckung und staatliche Kontrolle	101
3. Ordre public-Kontrolle	101
a) Kartellverbot als Teil des Ordre Public	102
aa) BGH: Schweißbolzen und Fruchtsäfte	102
bb) EUGH: Eco Swiss, Gazprom und Genentech	103
b) Kontrolldichte staatlicher Gerichte in der EU	104
aa) Deutschland	104
bb) Frankreich	106
cc) Exkurs: Schweiz	107
dd) Ablösung des Verbots der Révision au fond im Kartellrecht durch eine umfassende Kontrolle?	107
ee) Zwischenergebnis	109
c) Übertragbarkeit der Kontrolldichte auf die Mediation	110
aa) Révision au fond bei Mediation?	110
bb) Mediations-RL und Kontrolldichte von Mediationsergebnissen	110
cc) Zwischenergebnis	111
4. Zwischenergebnis: Durchsetzbarkeit	112
III. Zwischenergebnis: Kartellverbot nur theoretisch zwingend bei Verstößen in Mediations- und Schiedsverfahren	113
G. Ist die Rechtsordnung gewappnet? – Lösungsmöglichkeiten	115
I. Verbot der Mediation in kartellrechtsrelevanten Bereichen	116
II. Ausbildung des Mediators	116
III. Meldepflichten des Mediators an Kartellbehörden?	116
IV. Kronzeugenprivilegierung für Mediatoren	117
V. Anmeldepflicht mediationswilliger Parteien bei Kartellbehörden?	118
VI. Gleichlauf von Anerkennung und Vollstreckung in der EU	119
VII. Angleichung der Rechtsprechung bei Wettbewerbsvergleichen	119
VIII. Zwangsnutzung eines gestellten, (tatsächlich) unabhängigen Mediators	120

IX. Forcierung der nachträglichen Kontrolle	120
H. Rechtsfolgen eines Kartellverbotsverstößes in der Mediation	123
I. Keine Besonderheiten für Konfliktparteien	123
II. Kartellrechtliche Gehilfenhaftung von Mediatoren	123
1. EUGH Urteil AC-Treuhand II	124
2. Bewertung	125
3. EUG Urteil ICAP	127
III. Zivilrechtliche Rechtsfolgen	128
IV. Ergebnis	128
J. Fazit	131
Literaturverzeichnis	133

Vorwort

Die vorliegende Arbeit entstand in meiner Zeit als Student an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, als Wissenschaftlicher Mitarbeiter in einer internationalen Wirtschaftskanzlei und als Gastwissenschaftlicher am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht.

Insbesondere möchte ich mich bei meinem Doktorvater Herr Professor Dr. Haimo Schack, LL.M (Berkeley) bedanken. Die Qualität seiner Betreuung und die Geschwindigkeit und Akribie seiner Korrektur suchen seinesgleichen.

Weiter danke ich Herrn Professor Dr. Joachim Jickeli für die außergewöhnlich zügige Erstellung des Zweitgutachtens und die hilfreichen Anmerkungen aus kartellrechtlicher Sicht.

Ferner danke ich der Studienstiftung *ius vivum* für den großzügigen Druckkostenzuschuss.

Ich bedanke mich bei meinen Freunden und Kollegen, durch die ich meine Promotionszeit in schöner Erinnerung behalten werde. Allen voran danke ich meinem sehr guten Freund und Mentor Jonas Asgodom, LL.M (Berkeley). Er hat mich seit meinen ersten Studientagen begleitet und unterstützt, hatte stets hilfreichen Rat und jederzeit eine substanziierte und ehrliche Meinung. Ganz herzlich bedanken möchte ich mich bei Johanna Schöning. Sie hat die Arbeit Korrektur gelesen und war zu jeder Zeit bereit, mit mir die Probleme der Arbeit zu diskutieren. Noch wichtiger aber war, dass sie mich bedingungslos unterstützt und mir Mut und Kraft gegeben hat, wenn mein eigener Antrieb zu versagen drohte.

Schließlich bedanke ich mich von ganzem Herzen bei meinen Eltern. Die Freiheit und die Unterstützung, die ich erfahren durfte, sind das Wertvollste, das man sich wünschen kann. Ohne sie hätte ich diese Arbeit nie geschrieben.

A. Einleitung

Konflikte gehören zur Natur des Menschen. Sie entwickeln sich häufig, wenn Interessen widerstreiten.¹ Um Schäden zu verhindern, versuchen Menschen meist, Konflikte insbesondere durch Interessenaustausch und Kompromisse beizulegen.

Eine Marktwirtschaft, wie sie die Europäische Union bezweckt, lebt hingegen davon, dass Marktteilnehmer widerstreitende Interessen verfolgen. Dieses Wirtschaftssystem ist im Grundsatz ein gewollter und sogar staatlich geförderter Konflikt:² Marktteilnehmer der Anbieterseite können sich den Zuschlag der Teilnehmer der Abnehmerseite verdienen, wobei die Interessen der Abnehmer maßgeblichen Einfluss darauf haben, wie die Anbieter ihr Angebot ausgestalten³. Die menschliche und gesellschaftliche Konsequenz ist, dass jeder Marktteilnehmer grundsätzlich danach strebt, die eigenen Belange zu fördern.⁴ Regelmäßig geht dies mit Nachteilen für konkurrierende Marktteilnehmer einher, die gegenläufige, ebenfalls eigennützige Interessen verfolgen.

Anbietern auf dem EU-Binnenmarkt steht indes nicht jedes Mittel zur Verfügung, um ihre Interessen zu verfolgen. Insbesondere begrenzt das Ziel eines möglichst ausgeprägten Wettbewerbs die Handlungen der Akteure: Sie müssen sich in einem vom Gesetzgeber vorgegebenen Rechtsrahmen bewegen. Ein bedeutender Teil dieses Rahmens zur Wettbewerbsförderung ist das Kartellrecht. Der für diese Arbeit relevante Teil des Kartellrechts ist das Kartellverbot, national in § 1 GWB und auf europäischer Ebene in Art. 101 AEUV normiert.

Zentraler Gedanke des Kartellverbots ist die Selbstständigkeit jedes Unter-

1 Vgl. *Glasl* Konfliktmanagement, S. 17; *Greger/Unberath/Steffek*, B § 1 Rn. 34.

2 Vgl. Art. 119 Abs. 1 AEUV: »Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb«.

3 *Möschel*, in: *Ökonomische Analyse*, S. 40, 42 sieht ein Zusammenspiel der beiderseitigen Präferenzen; vgl. auch *I. Schmidt/Haucap* Wettbewerbspolitik, S. 3f.

4 *Teußer* Alternative Beilegung, S. 64 unter Hinweis auf die »unsichtbare Hand« des Eigennutzes nach Adam Smith; vgl. auch *Wickler/Seibt* Prinzip Eigennutz, S. 261 ff.

nehmens.⁵ Nicht selten möchten Unternehmen aus unterschiedlichen Gründen mit anderen Unternehmen kooperieren. Diese Gründe können dann dazu führen, dass sich die Parteien über das Kartellverbot hinwegsetzen, dass sie nach Wegen suchen, das Verbot zu umgehen oder seinen Rechtsfolgen zu entgehen.

Solange nur die Beteiligten von der Zusammenarbeit wissen, bleibt ihr Handeln häufig folgenlos. Deshalb wählen kooperationswillige Unternehmer gern Orte und Gelegenheiten, die sich durch eines auszeichnen: Vertraulichkeit.

I. Problemaufriss

Im Zivilrecht entscheiden allein die Parteien darüber, ob sie ihren Streit öffentlich vor einem staatlichen Gericht, vor einer anderen Stelle oder gar nicht austragen wollen (Dispositionsmaxime). Ebenso steht es ihnen offen, Methoden alternativer Streitbeilegung in Anspruch zu nehmen. Diese sind typischerweise vertraulich. Deshalb untersucht diese Arbeit, ob sich Unternehmen dem Kartellverbot und seinen Folgen mit Hilfe alternativer Streitbeilegung entziehen können.

Die folgende Formulierung verdeutlicht dieses Ziel, wenn die Parteien »weniger konfrontative« Verfahren wählen, weil »eine justizförmige Bearbeitung des Konfliktes im Prozess nicht interessengerecht ist, also nicht dem entspricht, was die Parteien »eigentlich« wollen«⁶.

Besonderes Augenmerk wird dabei auf die außergerichtliche Mediation gelegt. Sie scheint das größte Potenzial zu haben, die Marktordnung des Kartellverbots zu gefährden. Daneben behandelt die Untersuchung das parallele Problem in der Schiedsgerichtsbarkeit. Das erlaubt eine vergleichende Betrachtung, die zeigen wird, dass sich den Mediationsbeteiligten zahlreiche Instrumente bieten, das Kartellverbot zu umgehen.

In diesem Zusammenhang stellen sich aktuelle Fragen: Das in Deutschland erste Gesetz, das die Mediation einheitlich normiert,⁷ ist seit 2012 in Kraft. Die Aufmerksamkeit der Praxis diesbezüglich hält sich in Grenzen. Die Mediation soll nach dem Willen des deutschen und europäischen Gesetzgebers stärker in den Fokus von Streitparteien rücken. Entsprechend hat sich die Bundesregierung 2017 über die Situation der Mediation in Deutschland berichten lassen.⁸

⁵ *Emmerich/Lange* KartellR, § 4 Rn. 15.

⁶ *Greger/Unberath/Steffek*, D Rn. 11.

⁷ Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vom 21.7.2012, BGBl. I 1577, zuletzt geändert durch VO von 31.8.2015, BGBl. I 1474.

⁸ Bericht der Bundesregierung vom 20.7.2017 über die Auswirkungen des Mediationsgesetzes

Dieser Bericht enthält indes keine Überlegungen zu den vorliegend diskutierten Fragen, insbesondere ob und in welcher Form ein Konflikt zwischen Kartellrecht und Mediation auftreten kann und ob die Rechtsordnung einschließlich des MediationsG darauf angemessen reagieren kann.

Altbekannt und spannend ist die Frage der Kontrolle von Schiedssprüchen anhand des *Ordre public*; sie stellt sich gleichermaßen bei Mediationsverfahren. Trotz einiger EUGH-Urteile zum Thema ist die Rechtslage längst noch nicht endgültig geklärt. Grundlegend hatte der EUGH im Jahr 1999 in seinem Leit-urteil *Eco Swiss*⁹ Fragen in diesem Zusammenhang zu beantworten. Im Jahr 2015 erging das Urteil *Gazprom*¹⁰, das sich ebenfalls intensiv mit der Frage des Kartellrechts in der Schiedsgerichtsbarkeit befasste. Zuletzt wurde das Thema im Jahr 2016 erneut im Urteil *Genentech*¹¹ aufgerollt. Der EUGH selbst musste kaum Stellung dazu nehmen.¹² Der Generalanwalt *Wathelet* hingegen setzte sich mit der Frage deutlich intensiver auseinander.

Um höchst relevante Fragen der Gehilfenhaftung im Kartellrecht geht es im Urteil *AC-Treuhand II*¹³ sowie in der anhängigen Berufung gegen die EUG-Entscheidung *ICAP*¹⁴: Die Kommission warf der AC-Treuhand AG vor, ein Kartell zu unterstützen, insbesondere durch Moderation, Streitschlichtung und Hilfe bei Kompromissen zwischen den Kartellanten. Auch ICAP vermittelte zwischen Banken und half dabei, Verstöße gegen das Kartellverbot durchzuführen. Den Unternehmen AC-Treuhand und ICAP wurde aufgrund einer in *AC-Treuhand II* vom EUGH erstmals angenommenen kartellrechtlichen Gehilfenhaftung als Unterstützer ein Bußgeld auferlegt. Inwiefern ein Mediator oder in ähnlicher Weise vermittelnder Dritter dem gleichen Risiko ausgesetzt ist, soll diese Untersuchung klären.¹⁵

II. Forschungsstand

Probleme aus der Schnittmenge von Schiedsrecht und Kartellverbot sind von Lehre und Rechtsprechung zu großen Teilen, wenngleich nicht abschließend geklärt.

auf die Entwicklung der Mediation in Deutschland und über die Situation der Aus- und Fortbildung der Mediatoren, BTDr. 18/13178.

9 EUGH Rs. C-126/97, EU:C:1999:269 = GRUR Int. 1999, 737 – *Eco Swiss*.

10 EUGH Rs. C-536/13, EU:C:2015:316 = GRUR Int. 2015, 766 – *Gazprom*.

11 EUGH Rs. C-567/14, EU:C:2016:526 = GRUR 2016, 917 – *Genentech Inc./Hoechst*.

12 Für die Gründe s. unten S. 109.

13 EUGH Rs. C-194/14 P, EU:C:2015:717 = GRUR Int. 2016, 73 – *AC Treuhand II*.

14 EUG Rs. T-180/15, EU:T:2017:795 = NZKart 2018, 44 – *ICAP*.

15 Zu den Urteilen und ihren Auswirkungen auf Mediatoren ausführlich unten S. 123 ff.

Fragen zur Mediation im Zusammenhang mit dem Kartellverbot sind indes bislang kaum behandelt worden. In der Regel beschränken sich die Arbeiten auf Vergleiche allgemein oder stellen schlicht fest, dass ein Verhalten vor einem Mediator kartellrechtlich nicht anders zu beurteilen ist, als andere Vereinbarungen. Die meisten Arbeiten zum Thema konnten das erst 2012 in Kraft getretene MediationsG sowie die 2008 in Kraft getretene Rom I-VO noch nicht einbeziehen, sodass manche Fragen unter der veränderten Rechtslage erneut zu beantworten sind.

*Nikolaus Lorenz*¹⁶ befasste sich schon 1986 mit Fragen des Kartellrechts in der Schiedsgerichtsbarkeit. Zur Mediation findet sich dort freilich nichts; auch konnte *Lorenz* die heute relevante Rechtsprechung insbesondere des EUGH noch nicht berücksichtigen. Gleiches gilt für die Untersuchung von *Hilbig*¹⁷ aus dem Jahr 2006 sowie für die 2012 erschienene Arbeit von *Pocsay*¹⁸, beide zum Kartellverbot und -recht in Handelsschiedsverfahren.

Mit der kartellrechtlichen Privilegierung von Vergleichsverträgen befasste sich *Ehlke*¹⁹ schon 1985. Ähnliche und teils gleich gelagerte Fragen insbesondere zum Wettbewerbsvergleich behandelte *Teufer*²⁰ 2006. Allerdings konnte seine Arbeit weder die Rom I-VO, das MediationsG noch Fragen der Gehilfenhaftung einbeziehen; in ihr geht es vielmehr um die Anwendung alternativer Streitbeilegungsmethoden auf kartellrechtliche Streitigkeiten. Den Missbrauch der alternativen Streitbeilegung und die effektive Durchsetzung des Kartellrechts behandelt *Teufer* nur am Rande.

*Schmelz-Buchhold*²¹ setzte sich im Jahr 2010 mit der Mediation bei Wettbewerbsstreitigkeiten auseinander und widmete sich auch der alternativen Streitbeilegung im Immaterialgüterrecht. Der Aspekt des Kartellverbots spielte indessen eine nur untergeordnete Rolle; das MediationsG war noch nicht in Kraft und eine kartellrechtliche Gehilfenhaftung behandelte *Schmelz-Buchhold* auch nicht.

*Köther*²² befasste sich 2017 intensiv mit der Anwendung des Art. 101 Abs. 1 AEUV auf Schutzrechtsvergleiche und mit dem Wirkungsprivileg bei Wettbewerbsvergleichen. Dabei geht er nur vereinzelt auf alternative Streitbeilegung ein.

16 *Lorenz* Kartellrechtliche Probleme der nationalen und internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 1986.

17 *Hilbig* Das gemeinschaftsrechtliche Kartellverbot in internationalen Handelsschiedsverfahren, 2006.

18 *Pocsay* Privates Kartellrecht in internationalen Schiedsverfahren, 2012.

19 *Ehlke* Das Wirkungsprivileg des Vergleichsvertrages, 1985.

20 *Teufer* Alternative Beilegung privater Wettbewerbsstreitigkeiten, 2006.

21 *Schmelz-Buchhold* Mediation bei Wettbewerbsstreitigkeiten, 2010.

22 *Köther* Die Anwendung des Art. 101 AEUV auf Schutzrechtsvergleiche, 2017.

Zum IPR und IZVR der Wirtschaftsmediation schrieb *Hutner*²³ im Jahr 2005, d. h. vor Inkrafttreten des MediationsG und der Rom I-VO. Auch hat er die Anwendbarkeit des § 1051 ZPO in der Mediation nicht diskutiert.

*Schwartz*²⁴ beschäftigte sich 2015 eingehend mit der Gehilfenhaftung im Kartellrecht, allerdings nicht damit, ob Mediatoren Kartellgehilfen sein können und kartellrechtlich haften. *Wentzel*²⁵ nahm sich eingehend der Vollstreckbarkeit von Mediationsergebnissen an. Dass Medianten Schiedssprüche für die Vollstreckbarerklärung des Mediationsergebnisses nutzen können und welche Bedeutung das Verbot der Révision au fond hat, blieb in ihrer Arbeit außen vor.

Damit steht eine Bearbeitung der folgenden Themen noch aus: die Übersicht über die vielfältigen alternativen Streitbeilegungsmethoden und deren jeweiliges Risiko hinsichtlich eines Kartellrechtsverstößes; die Herausarbeitung, weshalb Mediationsverfahren besonders riskant für das Kartellverbot sind; die Rechtswahl bei der Mediation einerseits im Zusammenhang mit der Rom I-VO, andererseits mit Verfahrenskombinationen wie Med-Arb; die Rechtsfolgen eines Kartellverstößes für den Mediator und die Medianten; die Untersuchung, ob das MediationsG den Ansprüchen des Kartellrechts gerecht wird sowie Lösungsmöglichkeiten zum Ausgleich der widerstreitenden Interessen. Auf diese Themen wird sich die folgende Untersuchung konzentrieren.

III. Gang der Arbeit

Zunächst analysiert die Arbeit die kollidierenden Interessen im Zusammenhang mit der alternativen Streitbeilegung, insbesondere der Mediation, und dem Kartellrecht (B.). Dabei geht es um die Interessen der Öffentlichkeit, der Konfliktparteien und des Mediators. Anschließend wird das Kartellverbot in den für diese Arbeit wesentlichen Zügen dargestellt und entschieden, welches das für diese Untersuchung berufene Kartellrecht ist (C.).

Danach werden die einzelnen Methoden der alternativen Streitbeilegung in Grundzügen darauf untersucht, welches Gefahrenpotenzial aus Wettbewerbs-sicht sie erwarten lassen (D.). Dabei ergibt sich, dass die Mediation sämtliche Gefahren vereint; sie wird als die alternative Streitbeilegungsmethode mit dem höchsten Gefahrenpotenzial für das Kartellverbot ausgemacht.

Wegen der im Immaterialgüterrecht bestehenden Besonderheiten zeigt die Untersuchung in der gebotenen Kürze anhand praxisnaher Fälle einige denkbare Kartellverstöße bei Mediationsverfahren im Immaterialgüterrecht auf (E.).

23 *Hutner* Das internationale Privat- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, 2005.

24 *Schwartz* Kartellgehilfen im europäischen Kartellrecht, 2015.

25 *Wentzel* Internationale Mediation, 2016.

Im Anschluss wird geprüft, ob das Kartellrecht bei der Mediation zu beachten ist, inwiefern das Mediationsergebnis überprüfbar ist, ob das Kartellrecht sich praktisch durchsetzen kann oder die Mediationsparteien es umgehen können (F.). Ähnliche Fragen stellen sich teilweise auch im Schiedsrecht.

Schließlich wird das Mediationsrecht darauf überprüft, ob es die Probleme im Zusammenhang mit dem Kartellverbot angemessen bewältigen kann; dazu werden Lösungsvorschläge erarbeitet (G.). Die insbesondere für Praktiker höchst relevanten Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Kartellverbot im Rahmen der Mediation (H.) und das Fazit (I.) beschließen die Arbeit.

B. Interessenlage bei alternativer Streitbeilegung

Die Legislative und Judikative reagieren auf die teils gleichlaufenden, teils widerstreitenden Interessen bei Mediationsverfahren. Hier müssen die Interessen der Öffentlichkeit, der Streitparteien sowie des Mediators in einen verhältnismäßigen und angemessenen Ausgleich gebracht werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Streitparteien gewillt sein können, gegen das Kartellverbot zu verstoßen.

I. Öffentliche Interessen

Grundlegend ist das Interesse der Öffentlichkeit, den Frieden innerhalb der Gesellschaft zu erhalten.²⁶ Schon deshalb muss der Staat privaten Streitparteien Zugang zu einer verbindlichen Lösung ermöglichen. Ob dies mittels staatlicher oder nichtstaatlicher Einrichtungen geschieht, ist zunächst zweitrangig.

Für eine marktwirtschaftliche Ordnung unabdingbar sind die folgenden vom deutschen Grundgesetz und der Charta der Grundrechte der EU geschützten Grundrechte: die allgemeine Handlungsfreiheit, die Gleichheit der Marktteilnehmer, die Berufsfreiheit und das Privateigentum in Art. 2, 3, 12, 14 GG sowie die Berufsfreiheit, das Recht zu arbeiten, die unternehmerische Freiheit und das Eigentumsrecht in Art. 15, 16, 17 GRCh²⁷. Für unsere Untersuchung interessiert insbesondere Art. 2 Abs. 1 GG. Dieses Grundrecht garantiert, dass die Parteien innerhalb der verfassungsmäßigen Ordnung selbstbestimmt (privatautonom) handeln können. Vorrangiges öffentliches Interesse ist demnach, dass der Gesetzgeber einen verfassungsmäßigen für die Streitparteien verbindlichen Rechtsrahmen schafft. Einerseits lässt sich so präventiv ein bestimmtes Verhalten von den Marktteilnehmern einfordern; andererseits kann man ein Verhalten, das den Regeln entgegensteht, auf dieser Basis für die Normadressaten

26 So auch *Teufer* Alternative Beilegung, S. 67.

27 Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. C 2000 364/1.

vorhersehbar sanktionieren. Ließe der Staat den Marktteilnehmern unkontrollierten Lauf, könnte er nicht steuern, verhindern oder eingreifen, so bildeten sich für den Wettbewerb nachteilige Kartelle und Monopole.

Insoweit ist die Öffentlichkeit auch an einem ausgewogenen, prinzipiengeleiteten Verfahrensrecht interessiert, wie es das Schieds- und Mediationsrecht anstreben. Freilich gilt dieser Aspekt für die gesamte Rechtsprechung und Rechtspflege.

Des Weiteren muss die Öffentlichkeit daran interessiert sein, dass jedenfalls ein Teil der Verfahren durch staatliche Gerichte gelöst wird. Dies spielt gerade im Wettbewerbsrecht eine entscheidende Rolle. Denn dieses Rechtsgebiet ist geprägt durch generalklauselartige Normen. Sie können erst durch richterliche Rechtsfortbildung in Einzelfällen klare Konturen gewinnen, die durch veröffentlichte Gerichtsentscheidungen bekannt werden. Neben der Schaffung eines funktionierenden, vorhersehbaren und öffentlich bekannten Systems muss der Staat dafür sorgen, dass die Bürger diesem System vertrauen. Dem dient insbesondere die Öffentlichkeit der staatlichen Verfahren gemäß § 169 GVG.

Außerdem setzt ein funktionierender Rechtsstaat ein faires Verfahren voraus (Art. 6 Abs. 1 EMRK). Dem dient unter anderem der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozess²⁸ wie in alternativen Verfahren. Dabei kann es gerade mit Blick auf wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten notwendig sein, ein etwaiges Machtgefälle auszugleichen. Insbesondere können die verfügbaren Ressourcen der Streitparteien zu Verzerrungen führen und im Widerspruch zur Gerechtigkeit stehen, etwa weil einer der Parteien den besseren Zugang zu Informationen hat, den Streit langfristiger finanzieren kann oder anders gewendet auf eine schnelle Schadenskompensation angewiesen ist.²⁹

Für die Funktionsfähigkeit des Systems wichtig ist aber auch, dass die staatlichen Gerichte entlastet oder jedenfalls nicht überlastet werden.³⁰

Daneben tritt das immer stärker betonte Interesse, die Streitkultur mittels einvernehmlicher Streitbeilegung zu fördern.³¹

28 Dazu umfassend *Schack* ZP 129 (2016), 393.

29 *Fiss* 93 *Yale Law Journal* 1984, 1073, 1076; *Schack* US-ZPR, Rn. 220.

30 Vgl. *Palmer/Roberts* Dispute Processes, S. 26 zur »access to justice« – und daraus folgenden ADR-Bewegung in den 1960/70er Jahren, als Gerichte insbesondere in den USA faktisch kaum zugänglich waren und nach *Schack* US-ZPR, Rn. 211 für kleinere Streitigkeiten wegen der Kosten und der Verfahrensdauer noch immer sind.

31 S. unten S. 59.

II. Konfliktparteien

Die Parteien sind im Zivilrecht daran interessiert, selbst entscheiden zu können, ob und wie sie den Streit führen möchten (Dispositionsmaxime). Sie wollen ihren Konflikt möglichst schonend und nachhaltig beenden. Beide werden darauf achten, dass das Verfahren schnell, möglichst unkompliziert und wirtschaftlich³² abläuft. Ein Kompromiss ist häufig das Mittel, das diese Anforderungen am besten erfüllt. Die Taktik, durch Verfahren unterschiedlicher Art eine Lösung zu verzögern oder zu vereiteln, etwa mittels Patentklagen einen Marktzutritt zu verhindern, ist bei einer Gesamtbetrachtung aller Streitigkeiten die seltene Ausnahme.

Legt man die Spieltheorie³³ zugrunde, so kommt man zu dem bemerkenswerten Ergebnis, dass eine rechtswidrige Absprache in der Regel für beide Seiten nicht nur die schonendste, sondern auch die lukrativste Art der Konfliktbeilegung ist: Verhandelt eine Seite von Beginn an konfrontativ, muss sie damit rechnen, dass die Gegenseite spätestens, wenn die Parteien erneut verhandeln, ebenfalls konfrontativ reagiert.³⁴ Je mehr eine Verhandlung zur Konfrontation wird, desto weiter entfernt sich das Verfahren davon, ein den Parteiinteressen entsprechend schnelles, einfaches und wirtschaftliches Ergebnis zu liefern. Das bewirkt einen gewissen Druck der Parteien, sich zu einigen. Gleichzeitig steigt damit das Risiko, dass sie ihre insoweit gleichlaufenden Parteiinteressen über die öffentlichen Interessen an einem freien und fairen Wettbewerb stellen.³⁵

Die Gesamtheit aller Unternehmen teilt das Interesse der konkret streitenden Parteien an einem Kompromiss nicht und strebt vielmehr einen unbeschränkten Wettbewerb mit all seinen Möglichkeiten³⁶ an.³⁷

Solange wettbewerbswidrige Vereinbarungen nicht aufgedeckt werden, müssen die Parteien in aller Regel keine Konsequenzen fürchten. Deshalb entspricht es neben einer möglichst einvernehmlichen Lösung den Parteiinteressen, dass ein rechtlich fragwürdiges Einvernehmen im Zweifel geheim bleibt.

Ferner sind die Parteien an flexiblen Verfahren, Handlungsspielräumen und geringen Kosten³⁸ interessiert. Inwiefern Rechtssicherheit von Interesse ist, hängt vom Einzelfall ab: Planen die Parteien wettbewerbsbeschränkende Ver-

32 *Teufer* Alternative Beilegung, S. 54; vgl. zur Fokussierung der Mediation auf Interessen generell *Haft* BB 1998 Beil. 10, 15 ff.

33 Dazu unten S. 56 f.; vgl. auch *Teufer* Alternative Beilegung, S. 136 f.; *Hager* Konflikt und Konsens, S. 71.

34 Vgl. *Axelrod* Cooperation, S. 27 ff., 31; *Hager* Konflikt und Konsens, S. 71.

35 Vgl. *Teufer* Alternative Beilegung, S. 53 ff.

36 Vgl. *Neumann* Wettbewerbspolitik, S. 17.

37 *Teufer* Alternative Beilegung, S. 54.

38 Insbesondere im gewerblichen Rechtsschutz, vgl. *Frost* Schiedsgerichtsbarkeit im Bereich des geistigen Eigentums, S. 193.

einbarungen, so tritt dieses Interesse zurück. Soll die Einigung beständig und nachhaltig sein und den Parteien Planungssicherheit verschaffen, so steigt das Interesse an Rechtssicherheit. Jedenfalls ist davon auszugehen, dass sich die Parteien Klarheit über Risiken und etwaige Folgen wünschen, um eine stabile Beurteilungsgrundlage zu haben.³⁹

An Fairness oder Waffengleichheit sind die Parteien im Einzelfall – wieder im Gegensatz zur Gesamtheit der Marktteilnehmer – nur insoweit interessiert, als damit geringere Kosten oder ein schnelleres, flexibleres Verfahren einhergehen.⁴⁰

III. Mediator

Als unparteiischer Dritter sollte ein Mediator zwar idealerweise als reiner Dienstleister und damit ausschließlich im Interesse der Parteien handeln. Als Teilnehmer am Wirtschaftsleben hat er aber auch eigene Interessen, die ihn je nach Kundenkreis gegenüber kartellrechtsrechtswidrigen Absprachen verschlossen oder offen machen können. Denn ein Mediator ist generell daran interessiert, dass die Parteien ihn erneut auswählen oder weiterempfehlen.

Fraglich ist, ob sich ein etwaiges Interesse eines Schiedsrichters, die Normen des Kartellrechts zu beachten, auf die Situation eines Mediators übertragen lässt. Ein integrierter Schiedsrichter, der sich nicht den Parteiinteressen verschreibt, indem er kartellrechtswidrige Absprachen duldet, fördert oder selbst erlässt, weiß, dass er den Parteien mit einem kartellrechtswidrigen Schiedsspruch keine rechts- und planungssichere Grundlage für ihre weitere Tätigkeit bietet. Die Gesamtheit der Marktteilnehmer hat ein Interesse daran, dass sich alle an die Regeln der Marktordnung halten.⁴¹ Legt man ferner zugrunde, dass sich der Großteil der Marktteilnehmer an die Regeln hält, dann verlöre der Schiedsrichter mit einer rechtsunsicheren oder rechtswidrigen Praxis beim Großteil der Marktteilnehmer an Reputation.⁴² Ist der Schiedsrichter indessen nicht integrierter, kann er trotzdem Reputation aufbauen, allerdings nur bei denjenigen Unternehmen, die an wettbewerbswidrigem Verhalten interessiert sind.

Ein Mediator ist hinsichtlich kartellrechtswidriger Verhaltensweisen der Parteien in seinem Verfahren nicht mit einem Schiedsrichter gleichzusetzen. Letzterer trifft im Schiedsverfahren die Entscheidung. Nachteilige Folgen des Schiedsspruchs können seinen Ruf mithin stärker beeinträchtigen als dies bei

39 So auch *Teufer* Alternative Beilegung, S. 55.

40 A. A. *Teufer* Alternative Beilegung, S. 57; *Hager* Konflikt und Konsens, S. 122ff.

41 S. oben S. 21.

42 Vgl. hierzu *Teufer* Alternative Beilegung, S. 116f.; ebenso *Zimmer* Zulässigkeit und Grenzen, S. 115.

einer von einem Mediator vermittelten kartellrechtswidrigen Vereinbarung der Parteien zu erwarten ist. Diese Argumentation gilt allerdings nur für Schiedssprüche durch Richterspruch; wenn die Parteien durch einen Vergleich das Schiedsverfahren beenden, stehen sich der dann nur moderierende Schiedsrichter und ein Mediator sehr nahe.

Diejenigen, denen der Mediator ein vertrauliches Forum bietet, werden ihn für wettbewerbswidrige Zwecke wieder einsetzen oder weiterempfehlen.⁴³ Denn gegebenenfalls nachteilige Folgen des von ihm geleiteten Verfahrens beruhen weniger auf seinen Fehlern als auf dem Willen der Parteien. Diese Überlegung wird aber insofern relativiert, als der Mediator einer eigenständigen kartellrechtlichen Haftung ausgesetzt ist.⁴⁴ Sobald er sich dieser Haftung bewusst ist, sollte er ein starkes Eigeninteresse an kartellrechtskonformem Verhalten haben.

IV. Ergebnis

Der Staat muss einen funktionierenden, angemessenen und verhältnismäßig ausbalancierten Rechtsrahmen für die Streitbeilegung schaffen. Eine freie Marktwirtschaft erfordert, dass die Marktteilnehmer privatautonom handeln und eine Plattform für die Erledigung ihrer Streitigkeiten finden. Alternative Streitbeilegung wird wie der Zivilprozess von den Parteien, geleitet von ihren Interessen, gesteuert.⁴⁵ Dies kann dazu führen, dass die Parteien den Streit den Bedingungen des Wettbewerbs entziehen und eine an ihren individuellen wirtschaftlichen Belangen ausgerichtete Lösung suchen.

Der Staat darf die Zügel der öffentlichen Interessen nicht aus der Hand geben und muss sie gleichwohl so locker halten, dass die Parteiinteressen angemessen zur Geltung kommen können.⁴⁶ Insofern steht in der EU mit dem Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV fest, dass die Parteiinteressen hinter dem öffentlichen Interesse zurückstehen müssen, soweit das Verhalten den Wettbewerb beschränkt und nicht durch die Legalausnahme des Art. 101 Abs. 3 AEUV erlaubt ist.⁴⁷

Diese Arbeit klärt, ob die Rechtslage in Deutschland diese auf Interessen basierenden Vorgaben ausreichend beachtet, sie richtig abwägt, dem Kartellverbot Vorrang einräumt und ob sich dieser Vorrang auch effektiv durchsetzen lässt.

43 So scheint die AC-Treuhand AG mit Sitz in Zürich eine bekannte Plattform einschließlich Organisationshilfe für Kartelle zu bieten, zu den Urteilen *AC-Treuhand I* und *II* s. unten S. 124f.

44 Zu den Rechtsfolgen s. unten S. 128ff.

45 Vgl. nur § 308 ZPO.

46 Zur Bedeutung öffentlicher Interessen im Rahmen der Mediation vgl. auch *Teufer Alternative Beilegung*, S. 176.

47 *Teufer Alternative Beilegung*, S. 73 mwN.

C. Kartellverbot

Das Kartellverbot ist eine der drei Säulen des Kartellrechts. Das Kartellrecht wiederum ist Teil der Wirtschafts- und Marktordnung Deutschlands und der Europäischen Union. Im Folgenden wird dargestellt, was das Kartellverbot bezweckt und mit welchen Mitteln es diesen Zweck verfolgt. Dabei wird der Bezug zum Immaterialgüterrecht aufgezeigt. Schließlich bleibt zu klären, welches das hier anwendbare Recht ist und wann ein Verhalten gegen das Kartellverbot verstößt.

I. Recht der Europäischen Union

Die EU und Deutschland als Mitglied der Union haben das Ziel, einen gemeinsamen Binnenmarkt zu errichten, Art. 3 Abs. 3 S. 1, 4 EUV. Dieser einheitliche Markt soll nach marktwirtschaftlichen Regeln organisiert sein, Art. 3 Abs. S. 2 EUV, Art. 119 Abs. 1, 120 S. 2, 127 Abs. 1 S. 3 AEUV. Dazu gehört ein unverfälschter Wettbewerb. Das war zur Zeit der Europäischen Gemeinschaft dem 2009 gestrichenen Art. 3 lit. c EGV⁴⁸ zu entnehmen. Gemäß dem Protokoll über den Binnenmarkt und den Wettbewerb vom 13.12.2007⁴⁹ sollte sich an diesem System allerdings nichts ändern.⁵⁰

Das System unverfälschten Wettbewerbs besteht im Wesentlichen aus zwei Säulen: Art. 106–113 AEUV regulieren die Wirtschaftsinterventionen der Mitgliedstaaten. Daneben bestimmt die zweite Säule den Rahmen, in dem sich die Unternehmen als Wirtschaftsteilnehmer bewegen dürfen. Deren Verhalten re-

48 Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft idF vom 2. 10. 1997, zuletzt geändert durch den Vertrag über den Beitritt der Republik Bulgarien und Rumäniens zur Europäischen Union vom 25. 4. 2005, ABL. EG L 157/11.

49 ABL. 2007 C 306, 156.

50 So auch EUGH Rs. C-52/09, EU:C:2011:83 = GRUR Int. 2011, 413 ff. – *TeliaSonera*; BGHZ 188, 326, 337 – *Flughafen Frankfurt-Hahn*.