

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.

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