

Beiträge zum Europäischen Wirtschaftsrecht

Band 87

Schiedszusagen im europäischen und deutschen Kartellrecht

Die effektive Einbindung
von Schiedsgerichten in Fusionskontroll-
sowie Kartell- und Missbrauchsverfahren

Von

Thomas Pelikan



Duncker & Humblot · Berlin

THOMAS PELIKAN

Schiedszusagen im europäischen und deutschen Kartellrecht

Beiträge zum Europäischen Wirtschaftsrecht

Begründet von Professor Dr. Wolfgang Blomeyer † und
Professor Dr. Karl Albrecht Schachtschneider

Band 87

Schiedszusagen im europäischen und deutschen Kartellrecht

Die effektive Einbindung
von Schiedsgerichten in Fusionskontroll-
sowie Kartell- und Missbrauchsverfahren

Von

Thomas Pelikan



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg
hat diese Arbeit im Jahre 2023 als Dissertation angenommen.

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.

Alle Rechte vorbehalten
© 2024 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0947-2452
ISBN 978-3-428-19053-9 (Print)
ISBN 978-3-428-59053-7 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Im Jahr 2023 hat die Juristische Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg die vorliegende Arbeit als Dissertation angenommen. Gesetzgebung, Rechtsprechung, Literatur und Statistiken sind bis einschließlich November 2021 berücksichtigt.

Mein besonderer Dank gilt zunächst meinem Doktorvater, *Herrn Professor Dr. Florian Bien*, als Ideengeber und Betreuer dieser Arbeit. Durch seine Unterstützung, jederzeitige Diskussionsbereitschaft und konstruktiven Anmerkungen sowie Hinweise hat er zum Gelingen der Arbeit beigetragen. *Herrn Professor Dr. Wolfram Buchwitz* möchte ich für die schnelle Erstellung des Zweitgutachtens danken.

Mein Dank gilt außerdem auch all denjenigen, die meinen Weg teils seit den ersten Tagen des Studiums und während des Referendariats begleitet haben und insbesondere an der abschließenden Durchsicht der Arbeit beteiligt waren: *Philip Berger, Lisa Deckers, Sebastian Himmelseher, Tina Neugebauer, Felix Posselt* und *Victoria Thüsing*.

Letztlich gilt auch ein besonderer Dank meiner Mutter *Iris* und meinem verstorbenen Vater *Detlef Pelikan*, die mich bedingungslos in all meinen Vorhaben und während der juristischen Ausbildung unterstützt haben. Ihnen widme ich diese Arbeit. Ebenso möchte ich meiner Schwester *Kathleen Strodick* für ihre sorgfältige Durchsicht der Arbeit danken.

Düsseldorf, im Oktober 2023

Thomas Pelikan

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	21
B. Gang der Untersuchung	25
C. Grundlagen	26
I. Schiedsfähigkeit von kartellrechtlichen Streitigkeiten	26
1. Situation in Deutschland	26
2. Situation in der Europäischen Union	27
a) Unionsrecht und Handelsschiedsgerichtsbarkeit	28
aa) Entscheidung <i>Eco Swiss</i>	29
bb) Auswirkungen auf Schiedszusagen	30
b) Unionsrecht und Investitionsschiedsgerichtsbarkeit	30
aa) Entscheidung in der Sache <i>Achmea</i>	30
bb) Auswirkungen auf Schiedszusagen	31
3. Ergebnis	32
II. Einführung in Verpflichtungszusagen	33
1. Begrifflichkeiten	33
a) Verpflichtungszusagen in Fusionskontrollverfahren	33
aa) Verpflichtungszusagen	33
bb) Bedingungen und Auflagen	34
b) Verpflichtungszusagen in Kartell- und Missbrauchsverfahren	34
c) Zwischenergebnis	34
2. Zwecke von Verpflichtungszusagen	35
a) Zwecke von Verpflichtungszusagen in Fusionskontrollverfahren	35
b) Zwecke von Verpflichtungszusagen in Kartell- und Missbrauchsverfahren	35
c) Zwischenergebnis	36
3. Einsatzmöglichkeit von Schiedszusagen	36
a) Einteilung nach Anknüpfungspunkt	36
b) Einteilung nach Inhalt	37
aa) Veräußerungen	37
(1) Eigene Unternehmensteile	37
(2) Beteiligungen an Wettbewerbern	38
(3) Zwischenergebnis	38
bb) Vereinbarungen mit Wettbewerbern	39

cc) Marktöffnung	39
(1) Beendigung oder Änderung von Ausschließlichkeitsvereinbarun- gen	39
(2) Zugang zu wesentlicher Infrastruktur bzw. wesentlichen Techno- logien	40
(3) Zwischenergebnis	40
dd) Reine Verhaltenszusagen	41
ee) Zwischenergebnis	41
4. Das Verfahren des Zustandekommens von Verpflichtungszusagen in der Pra- xis	41
a) Verpflichtungszusagen in Verfahren vor der Europäischen Kommission	42
aa) Praxis der Europäischen Kommission	42
bb) Zustandekommen von Verpflichtungszusagen	42
cc) Handlungsmöglichkeiten bei Nichteinhaltung	44
b) Verpflichtungszusagen in Verfahren vor dem Bundeskartellamt	45
aa) Praxis des Bundeskartellamtes	45
bb) Zustandekommen von Verpflichtungszusagen	46
cc) Handlungsmöglichkeiten bei Nichteinhaltung	47
5. Ergebnis	47
III. Vor- und Nachteile von Schiedszusagen	48
1. Allgemeine Vorzüge von Schiedsgerichten	48
2. Private Kartellrechtsdurchsetzung	49
3. Ausstehender Praxistest	50
4. Auslagerung der Überwachung	51
5. Zielgerichtetere Ausgestaltung von Verpflichtungszusagen	51
6. Zwischenergebnis	52
D. Rechtliche Fragen bei dem Einsatz von Schiedszusagen	53
I. Zivilrechtliche Bindungswirkung einer Schiedszusage	53
1. Deutsches Recht als Grundlage	54
a) Kollisionsrecht in Deutschland	55
b) Handlungsvorschlag an Wettbewerbsbehörden	55
2. Einräumung von Ansprüchen durch die Entscheidung der Wettbewerbsbe- hörde	56
a) Entstehungsgeschichte der europäischen Verfahrensnormen	56
b) Urteil des EuG in Sachen Multiconnect/Europäische Kommission	57
c) Notwendigkeit einer zivilrechtlichen Durchsetzbarkeit	59
3. Unmittelbare zivilrechtliche Bindungswirkung	59
a) Internationaler Vergleich	59
aa) Englisches Recht	60
bb) Französisches Recht	61

b) Abschluss der Schiedsabrede nach den allgemeinen Regeln des Vertragsrechts	61
aa) Angebot durch die am Verfahren beteiligten Unternehmen	61
(1) Auslegung der Erklärung	61
(a) Wesentlicher Vertragsinhalt	62
(b) Rechtsbindungswille	63
(c) Zwischenergebnis	64
(2) Zugang	64
(3) Antragsfrist	65
(4) Zwischenergebnis	66
bb) Annahme durch die begünstigten Dritten	66
cc) Zwischenergebnis	66
c) Abschluss eines typischen Rechtsgeschäfts	67
aa) Auslobung gem. § 657 BGB	67
(1) Direkte Anwendung	68
(2) Analoge Anwendung	68
(a) Planwidrige Regelungslücke	68
(b) Vergleichbare Interessenlage	70
(c) Praktische Konsequenzen	71
(3) Zwischenergebnis	71
bb) Vertrag zugunsten Dritter gem. § 328 BGB	72
(1) Bestimmbarkeit des begünstigten Dritten	72
(2) Recht auf eine Leistung als Vertragsgegenstand	73
(3) Rechtsbindungswille der Wettbewerbsbehörde	74
(4) Zwischenergebnis	76
d) Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages zugunsten Dritter	76
e) Vergleich mit der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit	76
f) Beurteilung der verschiedenen Modelle	78
g) Zwischenergebnis	79
4. Bindungswirkung im Konzern	79
a) Durchbrechung des konzernrechtlichen Trennungsprinzips	79
aa) Das konzernrechtliche Trennungsprinzip	80
bb) <i>Group of companies</i> -Doktrin	81
cc) Vergleich zur Bußgeldhaftung	82
(1) Hintergrund der Verbandshaftung im Bußgeldrecht	82
(2) Übertragbarkeit auf Schiedszusagen	83
(a) Kartellschadensersatzlinie	84
(aa) Bedeutung der Kartellschadensersatzrichtlinie	84
(bb) Übertragbarkeit auf Schiedszusagen	85
(cc) Zwischenergebnis	85

(b) Urteil <i>Skanska</i> des EuGH	86
(aa) Sachverhalt und Entscheidung	86
(bb) Bedeutung dieses Urteils	87
(cc) Übertragbarkeit auf Schiedszusagen	90
(dd) Praxis der Europäischen Kommission	93
(ee) Dogmatische Begründung	94
(α) Unmittelbare Bestimmung im Unionsrecht oder des-	
sen Anwendungsvorrang	94
(β) Kartellrechtliche Außengesellschaft bürgerlichen	
Rechts	95
(3) Zwischenergebnis	96
b) Lösung für deutsche Verfahren	97
aa) Anerkannte Durchbrechungen des Trennungsprinzips	97
bb) Alternativen für die Herbeiführung der Bindungswirkung im Konzern	
cc) Handlungsvorschlag für das Bundeskartellamt	98
5. Ergebnis	98
II. Verteilung der Kompetenzen	99
1. Verteilung der Kompetenzen im Überblick	99
a) Rolle der Wettbewerbsbehörden	99
b) Rolle der Schiedsgerichte	100
c) Rolle der Treuhänder	100
d) Rolle der nationalen Gerichte	101
2. Einzelfragen im Rahmen der Verteilung der Kompetenzen	101
a) Wettbewerbsbehörde: Beteiligung am Schiedsverfahren	101
b) Wettbewerbsbehörde: Rechtsschutzmöglichkeiten	102
aa) Stellungnahmen der Europäischen Kommission	102
(1) <i>Amicus curiae briefs</i>	103
(a) Einführung in die Rechtsfigur <i>amicus curiae</i>	103
(b) Bindungswirkung von <i>amicus curiae briefs</i>	104
(c) Zwischenergebnis	104
(2) Ersuchte bindende Interpretationen	105
(3) Zum Vergleich: Rechtsprechung europäischer Gerichte	106
(a) Entscheidung in der Sache <i>I&I</i>	106
(aa) Sachverhalt	106
(bb) Entscheidung	107
(b) Entscheidung in der Sache <i>Multiconnect</i>	107
(aa) Sachverhalt	108
(bb) Entscheidung	108
(c) Bedeutung	108

- (4) Rechtsschutzlücke 109
 - (a) Gewährleistung von effektivem Rechtsschutz 109
 - (b) Geltendmachung im Schiedsverfahren 110
 - (c) Geltendmachung nach Schiedsspruch 110
 - (d) Zwischenergebnis 110
- (5) Konkludenter Rechtsmittelverzicht? 111
 - (a) Praxis der Europäischen Kommission 111
 - (b) Zulässigkeit und Anforderungen eines Rechtsmittelverzichts 112
 - (c) Bedeutung für Schiedszusagen 112
- (6) Zwischenergebnis 112
- bb) Stellungnahmen des Bundeskartellamtes 113
 - (1) Geregelte Rechtsbehelfe 113
 - (2) Ungeregelte Rechtsbehelfe 113
 - (a) Unterlassungsbeschwerde 114
 - (b) Feststellungsbeschwerde 115
 - (c) Zwischenergebnis 115
 - (3) Rechtsmittelverzicht 116
 - (a) Unzulässigkeit eines Rechtsmittelverzichts in Settlements ... 116
 - (aa) Hintergrund 116
 - (bb) Bedeutung für Schiedszusagen 117
 - (cc) Zwischenergebnis 117
 - (b) Vergleich zur Praxis der Bundesnetzagentur 117
 - (c) Bedeutung für Schiedszusagen 118
 - (4) Zwischenergebnis 118
- cc) Zwischenergebnis 119
- c) Nationale Gerichte: Entscheidungsinstanz 119
 - aa) Möglichkeit zur Anrufung eines nationalen Gerichts 119
- bb) Einräumung von materiellen Rechten durch Verpflichtungszusagen 120
 - (1) Dogmatische Begründung 120
 - (2) Untersuchung an Beispielfällen 121
 - (a) Verpflichtungszusagen ohne Gegenleistung sind bindende Angebote am Beispiel des Zusammenschlusses *Dentsply/Sirona* 121
 - (aa) Bindendes Angebot: Kündigungsverzicht 121
 - (bb) Bindendes Angebot: Zugang zu Know-how und Informationen 122
 - (cc) Bindendes Angebot: Diskriminierungsfreiheit künftiger Änderungen 122
 - (dd) Zwischenergebnis 122
 - (b) Verpflichtungszusagen ohne hinreichend bestimmte Gegenleistung sind keine bindenden Angebote am Beispiel des Zusammenschlusses *Wordline/Equens/Paysquare* 123

(c) Verpflichtungszusagen mit hinreichend bestimmter Gegenleistung sind bindende Angebote am Beispiel des Zusammenschlusses <i>Discovery/Scripps</i>	123
(aa) Bindendes Angebot: Gegenleistung auf Referenzbasis ..	124
(bb) Kein bindendes Angebot: Gegenleistung nach FRAND-Bedingungen	124
(cc) Zwischenergebnis	124
(d) Verpflichtungszusagen ohne hinreichend bestimmte Gegenleistung sind keine bindenden Angebote am Beispiel der Kartellverfahren <i>Samsung</i> und <i>CDS Information Market</i>	125
(e) Zwischenergebnis	125
d) Nationale Gerichte: Überprüfungsinstanz	126
aa) Begriff des <i>ordre public</i>	126
bb) Fallgruppen für <i>ordre public</i> -Verstöße	128
cc) Prüfungsumfang der nationalen Gerichte	128
dd) Zwischenergebnis	129
e) Nationale Gerichte: Unterstützungsinstanz	130
3. Zwischenergebnis	130
III. Konfligierende Entscheidungen	131
1. Schiedsspruch folgt auf Entscheidung der Wettbewerbsbehörde	131
a) Zum Vergleich: Bindungswirkung für nationale Gerichte nach Art. 16 Abs. 1 VO Nr. 1/2003	132
aa) Regelung in der VO Nr. 1/2003	132
bb) Analoge Anwendung von Art. 16 Abs. 1 VO Nr. 1/2003	133
cc) Zwischenergebnis	135
b) <i>Ordre public</i> -Kontrolle als ausreichendes Korrektiv?	135
aa) Darstellung der Fallgruppen	135
bb) Lösung für die einzelnen Fallgruppen	136
(1) Wettbewerbsbehörde findet einen Verstoß, Schiedsgericht hingegen nicht	136
(a) Verfahren vor der Europäischen Kommission	136
(aa) Formeller Ansatz für Entscheidungen in Kartell- und Missbrauchsverfahren	137
(α) Anwendungsbereich von Art. 16 Abs. 1 VO Nr. 1/2003	137
(β) Fehlende Übertragbarkeit auf Sanktionsentscheidungen für die Nichteinhaltung von Verpflichtungszusagen	138
(γ) Übertragbarkeit des Rechtsgedankens aus der Entscheidung <i>Gasorba</i>	140
(bb) Systematischer Ansatz für Entscheidungen in Fusionskontrollverfahren	140

- (cc) Zwischenergebnis 141
 - (b) Verfahren vor dem Bundeskartellamt 141
 - (2) Schiedsgericht findet Verstoß, Wettbewerbsbehörde hingegen nicht 141
 - (3) Zwischenergebnis 141
 - cc) Ausreichendes Korrektiv? 142
 - (1) Pflicht zur Einleitung eines Aufhebungs- bzw. Anerkennungsverfahrens bei einer abweichenden behördlichen Entscheidung 142
 - (a) Zum Vergleich: Situation bei nationalen Gerichten 143
 - (b) Missbrauchspotential aufgrund zeitlicher Verzögerungen 143
 - (c) Faktische Entwertung eines Schiedsspruchs aufgrund einer strengeren wettbewerbsbehördlichen Entscheidung 145
 - (d) Zwischenergebnis 145
 - (2) Bindungswirkung einer behördlichen Entscheidung als Teil der Schiedszusage 145
 - (3) Zwischenergebnis 146
 - c) Anreizwirkung einer vorherigen behördlichen Entscheidung 147
 - d) Zwischenergebnis 148
- 2. Entscheidung der Wettbewerbsbehörde folgt auf Schiedsspruch 148
 - a) Zum Vergleich: Situation bei nationalen Gerichten 148
 - b) Pflicht zur Aussetzung des Schiedsverfahrens 149
 - c) Pflicht zur Wiederaufnahme des Schiedsverfahrens 150
 - d) Zwischenergebnis 151
- 3. Gleichzeitige Entscheidung 151

- IV. *Ordre public*-Kontrolle von Schiedssprüchen 152
- 1. Übersicht über bisher aufgehobene Schiedssprüche aus kartellrechtlichen Gründen 152
 - a) Kategorien 152
 - aa) Verurteilung zu einer kartellrechtswidrigen Leistung 153
 - bb) Verurteilung zur Erfüllung eines kartellrechtswidrigen Vertrages 153
 - cc) Verurteilung zu Schadensersatz wegen der Nichteinhaltung eines kartellrechtswidrigen Vertrages 154
 - b) Übertragbarkeit 154
 - aa) Betrachtung der einzelnen Kategorien 155
 - bb) Exkurs: Schadensersatzansprüche von Schiedszusagen erfasst? 155
 - (1) Ausgestaltung der Schiedszusagen 156
 - (a) Zusammenschluss *Dentsply/Sirona* 156
 - (b) Zusammenschluss *Wordline/Equens/Paysquare* 157
 - (c) Zusammenschluss *Discovery/Scripps* 157
 - (d) Zusammenschluss *Vodafone Italia/TIM/JV* 158
 - (e) Kartellverfahren *Samsung* und *CDS Information Market* 158
 - (f) Zwischenergebnis 159

(2) Positive Effekte und praktische Implikationen	159
(3) Zwischenergebnis	160
2. Schlussfolgerung	160
a) Fehlerhafte Anerkennung eines Anspruchs	161
aa) Entscheidung des OLG Celle	161
bb) Bedeutung für die zu untersuchende Konstellation	162
cc) Zwischenergebnis	163
b) Fehlerhafte Ablehnung eines Anspruchs	163
aa) Ausgestaltung von Verpflichtungszusagen in der Praxis	164
(1) <i>Ordre public</i> -Kontrolle von Schiedssprüchen aufgrund von Zusammenschlussverfahren	164
(a) Verstoß gegen das Missbrauchsverbot	165
(b) Verstoß gegen das Kartell- oder Vollzugsverbot	166
(c) Zwischenergebnis	166
(2) <i>Ordre public</i> -Kontrolle von Schiedssprüchen aufgrund von Kartell- und Missbrauchsverfahren	166
(3) Zwischenergebnis	167
bb) Offensichtlich unvertretbare Anwendung oder Auslegung	167
cc) Zwischenergebnis	170
3. Bedeutung der Wirkung als Indiz oder Anfangsbeweis nach <i>Gasorba</i> im Rahmen der <i>ordre public</i> -Kontrolle	170
a) Art. 16 Abs. 1 VO Nr. 1/2003 als Ausgangspunkt der Untersuchung	170
aa) Tatsächliche Feststellungen sind erfasst	172
bb) Sind rechtliche Feststellungen erfasst?	172
b) Bedeutung der Wirkung als Indiz oder Anfangsbeweis für nationale Gerichte	174
aa) Bedeutung für die Vornahme einer <i>ordre public</i> -Kontrolle	174
bb) Bedeutung bei der <i>ordre public</i> -Kontrolle	175
cc) Zwischenergebnis	176
c) Zwischenergebnis	176
4. Zwischenergebnis	177
V. Ergebnis	179
E. Schiedszusagen in Deutschland	180
I. Schiedszusagen in deutschen Fusionskontrollverfahren	181
1. Bedeutung des Verbots der laufenden Verhaltenskontrolle	181
a) Wortlaut des Verbots der laufenden Verhaltenskontrolle	181
b) Bedeutung der Laufzeit	182
c) Sinn und Zweck des Verbots der laufenden Verhaltenskontrolle	184
d) Zwischenergebnis	186

2. Praxis des Bundeskartellamtes	186
a) Bestehende Einsatzmöglichkeiten von Schiedszusagen	187
b) Standpunkt der Monopolkommission	187
aa) Kritische Haltung der Monopolkommission im Sondergutachten 63	188
bb) Kritische Haltung der Monopolkommission im 16. Hauptgutachten	189
cc) Bewertung der kritischen Haltung der Monopolkommission	189
(1) Entkräftung der Argumente im 16. Hauptgutachten	189
(2) Entkräftung der Argumente im Sondergutachten 63	190
(a) Durchsetzung der Einhaltung der Verpflichtungszusagen ohne Beteiligung der Wettbewerbsbehörde	190
(b) Kostenverteilung bei Schiedsverfahren	191
(c) Fehlende Anreize für Unternehmen zur Durchsetzung der Verpflichtungszusagen	191
(d) Mangelnde Kompetenz Dritter zur Feststellung von Verstößen	191
(e) Aussetzung der Umsetzung der Verpflichtungszusagen für die Dauer des Schiedsverfahrens	192
(3) Zwischenergebnis	192
dd) Kritische Haltung der Monopolkommission im 19. Hauptgutachten	192
ee) Zwischenergebnis	193
c) Bedeutung der zivilrechtlichen Durchsetzbarkeit	193
aa) Mögliche Nachteile für das Bundeskartellamt	194
bb) Zwischenergebnis	195
d) Konsequenzen der Akzeptanz von Schiedszusagen für die Praxis des Bundeskartellamtes?	196
aa) Rechtsprechung deutscher und europäischer Gerichte	196
bb) Strukturelle Wirkung verhaltensbezogener Zusagen	197
cc) Einfluss von Schiedszusagen auf die Bewertung von verhaltensbezo- genen Verpflichtungszusagen	199
(1) Abschreckungswirkung von Schiedszusagen	199
(2) Berücksichtigung der Abschreckungswirkung bei der Beurteilung der strukturellen Wirkung von verhaltensbezogenen Verpflich- tungszusagen	201
(3) Bedeutung von Schiedszusagen in Maßnahmenpaketen	202
(4) Zwischenergebnis	202
dd) Zwischenergebnis	202
3. Ergebnis	202
II. Schiedszusagen in deutschen Kartell- und Missbrauchsverfahren	203
1. Keine Beschränkung des Inhalts von Verpflichtungszusagen wie in der Fusi- onskontrolle	203
2. Praxis des Bundeskartellamtes	204
a) Preissmissbrauchsverfahren als besonderes Einsatzgebiet?	205

b) Allgemeine Vorzüge durch die zusätzliche privatrechtliche Kartellrechtsdurchsetzung	207
c) Zwischenergebnis	207
3. Bedeutung nach der 10. GWB-Novelle	207
a) § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB	208
b) § 19a GWB	209
c) Zwischenergebnis	210
4. Zwischenergebnis	210
III. Ergebnis	210
F. Schiedsaufgabe als Teil von Abstellungsverfügungen	212
I. Überwachungsmaßnahmen als Teil der Zusagen in Abstellungsverfügungen	212
1. Entscheidung der Europäischen Kommission	212
2. Entscheidung des Gerichts der Europäischen Union	213
3. Übertragbarkeit auf Überwachungsmaßnahmen im Allgemeinen und Schiedsaufgaben im Speziellen	214
4. Wortlaut der Ermächtigungsgrundlagen	215
5. Zwischenergebnis	215
II. Verpflichtung zur Durchführung von Schiedsverfahren	216
1. Entscheidung des Gerichts der Europäischen Union	216
2. Bedeutung für Schiedsaufgaben	218
a) Vertragsgestaltende Abhilfemaßnahmen	218
b) Abgrenzung zu den Kompetenzen der Wettbewerbsbehörden	219
c) Beispielhafte Darstellung	220
d) Verhältnismäßigkeitserwägungen in Abstellungsverfügungen	220
aa) Schwerer Eingriff in die Rechte der Adressaten	220
(1) Tatsächliche Konsequenzen eines Schiedszwangs	220
(2) Rechtliche Konsequenzen eines Schiedszwangs	221
bb) Abwägung mit besonders wichtigen Gründen der Wettbewerbsbehörden	222
cc) Zwischenergebnis	223
e) Zwischenergebnis	223
3. Zwischenergebnis	223
III. Ergebnis	223
G. Zusammenfassung: Die effektive Einbindung von Schiedsgerichten in kartellrechtliche Verfahren	224
H. Thesen der Untersuchung	226
Entscheidungsverzeichnis	229

Literaturverzeichnis	234
Materialienverzeichnis	242
Stichwortverzeichnis	245

A. Einleitung

Im Rahmen der Fusionskontrolle werden Zusammenschlüsse von Unternehmen auf ihre wettbewerbliche Vereinbarkeit geprüft. Es soll verhindert werden, dass durch einen Zusammenschluss von Unternehmen der wirksame Wettbewerb erheblich behindert wird.¹ Bei der Prüfung eines Zusammenschlusses haben die zuständigen Behörden, in der europäischen Fusionskontrolle die Europäische Kommission und in der deutschen Fusionskontrolle das Bundeskartellamt, letztlich zwei Möglichkeiten: Der Zusammenschluss kann freigegeben oder untersagt werden. Wenn die jeweilige Wettbewerbsbehörde wettbewerbliche Bedenken bei dem angemeldeten Zusammenschlussvorhaben hat, können diese durch Verpflichtungszusagen beseitigt werden.² Für die beteiligten Parteien besteht die Möglichkeit, den Zusammenschluss zu verändern, indem sie solche anbieten und die Wettbewerbsbehörden diese Abhilfemaßnahmen akzeptieren. Sowohl die Europäische Kommission als auch das Bundeskartellamt haben eine Mitteilung³ bzw. einen Leitfaden⁴ in Bezug auf Verpflichtungszusagen in der Fusionskontrolle veröffentlicht.

Bei den möglichen Verpflichtungszusagen kann man grundsätzlich zwischen strukturellen und verhaltensbezogenen Zusagen unterscheiden.⁵ Strukturelle Zusagen, d. h. Maßnahmen, „die die strukturellen Veränderungen durch externes Unternehmenswachstum adressieren“⁶, sind in der Regel Veräußerungen von Unternehmensteilen.⁷ Verhaltensbezogene Zusagen richten sich nicht unmittelbar gegen die Struktur eines Zusammenschlussvorhabens, sondern verlangen „den Zusammenschlussbeteiligten punktuell oder wiederholt ein bestimmtes Verhalten“⁸ ab. Als

¹ So ausdrücklich in Art. 2 Abs. 2 und 3 FKVO und § 36 Abs. 1 S. 1 GWB.

² Art. 6 Abs. 2 bzw. Art. 8 Abs. 2 FKVO und § 40 Abs. 3 GWB.

³ Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission über nach der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission zulässige Abhilfemaßnahmen, ABl. 2008 C 267/1 (im Folgenden: „Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen“).

⁴ Bundeskartellamt, Leitfaden Zusagen in der Fusionskontrolle, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Leitfaden/Leitfaden%20-%20Zusagen%20in%20der%20Fusionskontrolle.pdf;jsessionid=036A23AECC07287C00C7DDE2F75664CF2_cid378?__blob=publicationFile&v=5 [zuletzt abgerufen am 7. Juli 2023] (im Folgenden: „Leitfaden Zusagen in der Fusionskontrolle“).

⁵ Europäische Kommission, Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen, Rn. 17.

⁶ Bundeskartellamt, Leitfaden Zusagen in der Fusionskontrolle, Rn. 23.

⁷ Bundeskartellamt, Leitfaden Zusagen in der Fusionskontrolle, Rn. 23.

⁸ Bundeskartellamt, Leitfaden Zusagen in der Fusionskontrolle, Rn. 27.

Beispiele dienen die Gewährung des Zugangs zu wesentlicher Infrastruktur⁹, Marktöffnungsmaßnahmen, Preisobergrenzen, dauerhafte Lieferverpflichtungen, Beendigungen von exklusiven Verträgen¹⁰, die Einräumung von Kündigungsrechten¹¹, Organisationsauflagen, Investitionsverpflichtungen¹² sowie die Erteilung von Lizenzen^{13, 14}.

Im Rahmen von Kartell- und Missbrauchsverfahren können Unternehmen ebenfalls Verpflichtungszusagen abgeben, um das Verfahren ohne Abstellungsverfügung zu beenden. Die Europäische Kommission und das Bundeskartellamt können die angebotenen Verpflichtungszusagen für bindend erklären.¹⁵ Die in diesem Verfahren gemachten Verpflichtungszusagen können ebenfalls strukturell oder verhaltensbezogen sein.¹⁶ Neben den zuvor erwähnten Beispielen sind die Umgestaltung der Preis- und Rabattpolitik, die Festlegung einer maximal zulässigen Handelsmenge für bestimmte Lieferungen¹⁷ und Verpflichtungen, ein bestimmtes missbräuchliches Verhalten abzustellen, weitere Beispiele für verhaltensbezogene Zusagen in Kartell- und Missbrauchsverfahren.¹⁸ Darüber hinaus können auch die Wettbewerbsbehörden auf Grundlage ihrer Ermächtigungsgrundlagen¹⁹ Abhilfemaßnahmen in ihren Abstellungsverfügungen vorsehen, ohne dass die betroffenen Unternehmen diese zuvor angeboten haben.

⁹ Bspw. Bundeskartellamt, B8-111/01 – *RWE/Stadtwerke Düren*, S. 4 ff. und Europäische Kommission, M.2803 – *Telia/Sonera*, Rn. 117 und 119.

¹⁰ Bspw. Bundeskartellamt, B3-123/04 – *H&R Wasag/Sprengstoffwerke Gnaschwitz*, Rn. 33 f. (zitiert nach Leitfaden Zusagen in der Fusionskontrolle des Bundeskartellamtes, da der Beschluss nicht öffentlich verfügbar ist) und Europäische Kommission, M.877 – *Boeing/McDonnell Douglas*, Rn. 116 und 121 f.

¹¹ Bspw. Bundeskartellamt, B8-29/01 – *EnBW/Schramberg*, Rn. 8 f. (zitiert nach Leitfaden Zusagen in der Fusionskontrolle des Bundeskartellamtes, da der Beschluss nicht öffentlich verfügbar ist) und Europäische Kommission, M.2822 – *EnBW/ENI/GVS*, Annex 1.

¹² Europäische Kommission, M.2432 – *Grupo Villar Mir/EnBW/Hidroeléctrica del Cantábrico*, Rn. 129 ff.

¹³ Bspw. Bundeskartellamt, B3-6/03 – *BASF/Bayer Crop Science*, Rn. 39 f. (zitiert nach Leitfaden Zusagen in der Fusionskontrolle des Bundeskartellamtes, da der Beschluss nicht öffentlich verfügbar ist) und Europäische Kommission, M.2547 – *Bayer/Aventis Crop Science*, Rn. 184 ff.

¹⁴ Bundeskartellamt, Leitfaden Zusagen in der Fusionskontrolle, Rn. 28.

¹⁵ Art. 9 Abs. 1 VO Nr. 1/2003 bzw. § 32b Abs. 1 GWB.

¹⁶ Für Art. 9 VO Nr. 1/2003 bspw. Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht/*Bauer*, Art. 9 VO Nr. 1/2003 Rn. 37; *Klees*, § 6 Rn. 124; für § 32b GWB bspw. Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht/*Keßler*, § 32b GWB Rn. 15.

¹⁷ Bspw. Europäische Kommission, COMP/B-2/38.381 – *De Beers*, 2.1 der Commitments bezogen auf den Handel mit Rohdiamanten, um die Stellung von De Beers als sog. „Marktmacher“ zu beseitigen.

¹⁸ Loewenheim/Meessen/Riesenkampf/Kersting/Meyer-Lindemann/Zuber, Art. 9 VO Nr. 1/2003 Rn. 22.

¹⁹ Art. 7 Abs. 1 VO Nr. 1/2003 bzw. § 32 Abs. 2 GWB.

Doch welche Bedeutung haben Schiedszusagen? Während sich die Überwachung der Einhaltung von strukturellen Zusagen wesentlich einfacher gestaltet, bringt die Überwachung von verhaltensbezogenen Zusagen Probleme mit sich, da deren Einhaltung mittel- bis langfristig überwacht werden muss.²⁰ Denn wie die oben erwähnten Beispiele verdeutlichen, ist eine sich wiederholende Überprüfung der Einhaltung notwendig. Bei strukturellen Verpflichtungszusagen werden hingegen in der Regel Treuhänder mit der Überwachung des Veräußerungsprozesses beauftragt.²¹ Es liegt folglich eine nicht vergleichbare Ausgangssituation vor. Denn mit der Veräußerung eines Unternehmensteils ist eine strukturelle Verpflichtungszusage erfüllt, wohingegen die Überwachung bei verhaltensbezogenen Zusagen nicht einmalig, sondern fortlaufend nötig ist. Gleichzeitig sind verhaltensbezogene Zusagen jedoch aus der Sicht von Unternehmen attraktiver als strukturelle Zusagen, die in der Regel Veräußerungen von Unternehmensteilen bedeuten.²² Hier können Schiedszusagen ihr volles Potential entfalten. Sie bieten einen Mechanismus, durch den nicht nur die jeweiligen Wettbewerbsbehörden die Einhaltung der Zusagen überwachen, sondern auch andere Marktteilnehmer. Die Mitteilung der Europäischen Kommission erwähnt Schiedsverfahren explizit als Mittel zur Überwachung.²³ Anders als das Bundeskartellamt, das bisher keine Schiedszusagen akzeptiert hat, akzeptiert die Europäische Kommission bereits seit mehr als 30 Jahren Schiedszusagen. Die erste Entscheidung mit einer Schiedszusage erging in der Sache *Elf Aquitaine – Thyssen/Minol* bereits am 4. September 1992²⁴. Die jüngste Entscheidung mit einer Schiedszusage erfolgte am 6. März 2020 in der Sache *Vodafone Italia/TIM/JV*²⁵.

Dem Vernehmen nach gab es bisher höchstens eine einstellige Anzahl Schiedsverfahren²⁶, die auf einer Schiedszusage beruhten, so dass es noch viele ungeklärte Fragen gibt. Es stellt sich zunächst die Frage, ob Schiedszusagen tatsächlich ein effektives Mittel zur Überwachung von verhaltensbezogenen Zusagen sind. Darüber hinaus soll in dieser Untersuchung geklärt werden, wie die sich verpflichtenden Unternehmen zivilrechtlich an die abgegebene Schiedszusage gebunden werden. Dabei wird die Tatsache berücksichtigt, dass bei Konzernen häufig die Muttergesellschaften in Fusionskontroll-, Kartell- oder Missbrauchsverfahren Zusagen ab-

²⁰ *Blanke*, Arbitration 2016, 80, 81.

²¹ Europäische Kommission, Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen, Rn. 117 ff.; Bundeskartellamt, Leitfaden Zusagen in der Fusionskontrolle, Rn. 128 ff.

²² *Blanke*, Arbitration 2016, 80, 84.

²³ Europäische Kommission, Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen, Rn. 66 und 130.

²⁴ Europäische Kommission, M.235 – *Elf Aquitaine – Thyssen/Minol*.

²⁵ Europäische Kommission, M.9674 – *Vodafone Italia/TIM/JV*.

²⁶ *Blanke*, Competition Law & Policy Debate 2017, 48, 59 mit Verweis auf drei Verfahren, die auf Schiedszusagen aus der Fusionskontrolle beruhen, und der Vermutung, dass in manchen Fällen noch eine Einigung vor der Anrufung des Schiedsgerichts erreicht werden konnte. Ferner hat die Europäische Kommission drei Schiedssprüche aus den Jahren 2017, 2018 und 2019 veröffentlicht, die auf der Schiedszusage im Zusammenschlussverfahrens M.7018 – *Telefónica Deutschland/E-Plus* beruhen.