
Editorial

Prof. Dr. Florian Bien

Post-Merger-Arbitration: 25 Jahre Private Enforcement in der Europäischen Fusionskontrolle

Am 4. September 1992 veröffentlichte die Europäische Kommission die Freigabeentscheidung *Elf Aquitaine – Thyssen/Minol* (IV/M.235). Darin findet sich die unscheinbare Formulierung: “Arbitration by mutually agreed independent experts will be provided in cases of disputes relating to the application of the agreement”. Erstmalig erhielten Wettbewerber der fusionierten Einheit die Möglichkeit, die Erfüllung drittbegünstigender Zusagen vor einem privaten Schiedsgericht einzuklagen. Seither hat die Kommission in über 70 Fällen Schiedszusagen in Form von Bedingungen und Auflagen in ihre fusionskontrollrechtlichen Freigabeentscheidungen aufgenommen.

1. Worum geht es? In vielen Fällen geben die Fusionsparteien gegenüber der Kommission Verhaltenszusagen ab, um wettbewerbliche Bedenken der Kartellbehörde zu zerstreuen. In Betracht kommt etwa das Versprechen, dritten Wettbewerbern Zugang zu einer Infrastruktur (Mobilfunknetz, Pipeline, Slots etc.) zu gewähren, Wettbewerber zu nichtdiskriminierenden Bedingungen zu beliefern, Schnittstelleninformationen offenzulegen oder für die Kompatibilität der eigenen mit Produkten dritter Unternehmen zu sorgen. Die Kommission kann entsprechende Verhaltenszusagen durch Bedingungen und Auflagen für verbindlich erklären (Art. 6 Abs. 2 und 8 Abs. 2 FKVO). Grundsätzlich obliegt es der Kommission, die Einhaltung der Abhilfemaßnahmen zu überwachen und gegebenenfalls durchzusetzen. In Betracht kommen u. a. Widerruf und Änderung der Freigabe (Art. 6 Abs. 3 lit. b und Art. 8 Abs. 6 lit. b FKVO). Außerdem kann die Kommission Bußgelder verhängen (Art. 14 FKVO) oder Zwangsgelder festsetzen (Art. 15 FKVO). In der Praxis lagert sie die Überwachung und teilweise auch die Durchsetzung allerdings häufig auf Treuhänder (Trustees) aus. Auch dritte Marktteilnehmer werden nicht selten einen Beitrag zur Überwachung leisten. Sie können Beschwerde bei der Kommission einlegen. Diese kann – ermessensabhängig – im Rahmen der ihr eingeräumten Kompetenzen hoheitlich tätig werden. Von Private Enforcement in der Fusionskontrolle mag man sprechen, wenn Dritte mit den Instrumenten des Privatrechts

selbst tätig werden, um die Einhaltung drittbegünstigender Zusagen zu erzwingen. Die genannten Schiedszusagen der Fusionsparteien eröffnen ihnen den Weg zu privaten Handelsschiedsgerichten. Anders als die Kommission akzeptiert das Bundeskartellamt Verhaltenszusagen nur in seltenen Ausnahmefällen. Es verweist auf das Verbot der laufenden Verhaltenskontrolle (§ 40 Abs. 3 S. 2 GWB). Entsprechend spielen Schiedszusagen in der Praxis des Amtes keine Rolle. Der neue Leitfadensatzungen in der Fusionskontrolle (Mai 2017) erwähnt sie nicht einmal.

2. Vorteile hat die schiedsgerichtliche Durchsetzung verhaltensbezogener Auflagen für alle Beteiligten: (1) Angesichts begrenzter personeller Ressourcen scheidet eine auf Dauer angelegte Überwachung und Durchsetzung von Verhaltenszusagen durch die Kommission regelmäßig aus. Für die Fusionsparteien mag die Schiedszusage (in Kombination mit der Einsetzung eines Treuhänders) daher nicht selten die einzige Möglichkeit bilden, die Kommission zur Freigabe eines Vorhabens zu bewegen. Es wird von Fällen berichtet, in denen die Kommission einem Zusammenschlussvorhaben (auch) wegen des Fehlens schiedsgerichtlicher Streitbeilegungsmechanismen die Freigabe verweigert hat. (2) Drittunternehmen eröffnen die Schiedszusagen eine zusätzliche Möglichkeit, die ihnen durch die Verhaltenszusagen eingeräumten privaten Rechte effektiv durchzusetzen. (3) Die Kommission mag sich durch die Schiedsgerichte nicht nur Entlastung bei Überwachung und Durchsetzung im Allgemeinen versprechen. Teilweise nehmen die Schiedsgerichte der Kommission auch die mühsame Festlegung angemessener Preise im Einzelfall ab. In solchen Fällen verlagert die Kommission einen Teil der ihr obliegenden Aufgaben auf private Schiedsgerichte. Folge ist nicht zuletzt ein Zugewinn an Flexibilität in einem dynamischen wettbewerblichen Umfeld. Es obliegt den Schiedsgerichten, die notwendigerweise allgemein gefassten Verhaltensanforderungen an die Fusionsparteien (z.B. „diskriminierungsfreier Zugang“) im Einzelfall und bezogen auf die jeweilige Marktsituation zu konkretisieren.

3. Kompetenzrechtliche Bedenken erscheinen unangebracht. Public und Private Enforcement ergänzen sich vielmehr in geradezu idealer Weise. Die Aufgaben sind klar verteilt. Den Schiedsgerichten obliegen allein die Überwachung und Durchsetzung der Verhaltenszusagen. Die Beurteilung der Geeignetheit der Zusagen oder gar die wettbewerbliche Würdigung des Zusammenschlussvorhabens fallen weiterhin in die ausschließliche Kompetenz der Kommission. Gewisse Überschneidungen der jeweiligen Zuständigkeiten bis hin zu einer teilweisen Delegation von Aufgaben der Kommission an die Schiedsgerichte wird man hinnehmen müssen. Entscheidend ist, dass die Kommission sich in keiner Weise des Rechts begibt, gegebenenfalls parallel zum schiedsgerichtlichen Verfahren und eventuell auch abweichend von der Beurteilung durch das Schiedsgericht Verstöße gegen die von ihr verhängten Auflagen hoheitlich zu sanktionieren. Praktisch sind Friktionen sehr unwahrscheinlich. Die Schiedszusagen enthalten in den meisten Fällen detaillierte Vorschriften betreffend die Kooperation zwischen Schiedsgericht und Kommission. Sie ähneln weitgehend dem Mechanismus, den Art. 15 VO 1/2003 für das Verhältnis zwischen staatlichen Gerichten und Kommission vorsieht. Die Kommission muss nicht nur informiert werden (passive Rolle). Ihr stehen zudem umfangreiche Möglichkeiten zur Verfügung, mündlich und schriftlich Stellung zu nehmen (aktive Rolle). Darüber hinaus lässt sie sich in der letzten Zeit stets auch das Recht einräumen, Fragen an die Parteien, Zeugen und Sachverständigen zu stellen (z.B. M.7194 – *Liberty Global*). Häufig findet sich sogar die Maßgabe, dass die von der Kommission gegebene Interpretation der Auflagen für das Schiedsgericht verbindlich ist (z.B. M.7541 – *IAG/Aer Lingus*). Praktisch wird ein Schiedsgericht kaum je von solcher Interpretation abweichen. Gerichtlich durchsetzen lässt sich diese Vorgabe aber wohl nicht. Die Schwelle des *ordre-public*-Verstoßes (§ 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. b ZPO) dürfte kaum überschritten sein.

4. Die geringe Zahl der in einem Vierteljahrhundert Schiedszusagen bekannt gewordenen Schiedsverfahren betreffend die Durchsetzung verhaltensbezogener Auflagen erstaunt auf den ersten Blick. Der Verfasser hat Kenntnis von überhaupt nur zwei Schiedsverfahren im Anschluss an eine fusionskontrollrechtliche Freigabeentscheidung der Kommission. Es ist unwahrscheinlich, dass die Dritten den Schiedsgerichten nicht zutrauen, den Rechtsstreit kompetent und schnell zu lösen. Die wirklichen Gründe für die geringen Fallzahlen sind vielgestaltig. (1) In manchen Fällen mag die Existenz der Schiedszusage als solche ausreichend abschreckend wirken, um Verstöße gegen die Zusagen von vornherein zu verhindern. Das dürfte vor allem in den (vielen) Fällen zutreffen, in denen die das Schiedsverfahren betreffenden Zusagen für Dritte besonders günstige Beweislastregeln vorhalten. Typisch ist die Formulierung, wonach die antragstellende Partei allein den *prima-facie*-Beweis eines Verstoßes erbringen muss. Es obliegt dann der fusionierten Einheit, den Vollbeweis des Gegenteils zu führen (z.B. M.7822 – *Dentsply/Sirona*). (2) Praktiker berichten von der häufig sehr gewissenhaften Arbeit der Treuhänder, die zudem auf Folgeaufträge der Kartellbehörden hoffen. Nicht selten wird ihr Einsatz mögliche Konflikte von vornherein verhindern. Es kommt dann im Idealfall gar nicht mehr zu einem von den Schiedsgerichten zu entscheidenden Streit. (3) Ohnehin dürfte die Beschwerde beim Trustee oder bei der Kommission für viele Drittparteien immer noch wesentlich attraktiver sein als der Gang zum Schiedsgericht. Treuhänder und Kommission arbeiten für den Dritten kostenlos. Ihr (freilich ermessensabhängiger) Einsatz dürfte in Punkto Schnelligkeit und

Effektivität demjenigen eines Schiedsgerichts kaum nachstehen. Während dieses sich in die Materie zunächst einarbeiten muss, verfügen jene bereits über einschlägige Vorkenntnisse. Treuhänder und Kommission können daher zumeist schneller und einfacher beurteilen, ob das Verhalten der Fusionsparteien mit den Vorgaben aus den Auflagen übereinstimmt. (4) Schließlich dürfte der Weg über eine dritte neutrale Instanz wie die Kartellbehörde oder den Treuhänder aus Sicht des Zugang begehrenden dritten Antragsstellers weniger konfliktträchtig erscheinen als die direkte Konfrontation durch Erhebung einer Schiedsklage. (5) Nicht selten erweisen sich fusionskontrollrechtliche Auflagen, auch angesichts sich ändernder Marktverhältnisse, als wenig praktikabel und letztlich undurchführbar. Zu denken ist an Fälle, in denen sich z.B. kein Wettbewerber findet, der Interesse an der Belieferung durch die fusionierte Einheit hat. Solche Szenarien sind besonders in den Fällen häufig, in denen die Kommission versucht, mittels Auflagen einem neuen Wettbewerber den Marktzutritt zu ermöglichen.

5. Welche Zukunftsperspektiven ergeben sich für die schiedsgerichtliche Beilegung von Kartellstreitigkeiten? Schiedsklauseln in Fusionsfreigabeentscheidungen könnte Modellcharakter auch in anderen Konstellationen zukommen. (1) Zunächst ist daran zu erinnern, dass die Kommission gerne solche Schiedszusagen annimmt, die einen engen Austausch zwischen dem Schiedsgericht und der Kartellbehörde vorsehen. Auch in sonstigen Handelsrechtsstreitigkeiten, in denen sich kartellrechtliche Fragen stellen (Nichtigkeitseinwand gemäß Art. 101 Abs. 2 AEUV!), sollten die Schiedsgerichte die Kommission beim Wort nehmen und den Dialog mit der spezialisierten Behörde suchen. Es finden sich schon jetzt Berichte von Einzelfällen, in denen die Kommission auch Schiedsgerichten in Bezug auf bestimmte Sachverhalte Auskunft zu wettbewerblichen Spezialfragen gegeben hat. Eine Arbeitsgruppe der ICC unter Leitung von *Nisser* und *Blanke* hat bereits 2008 eine „Draft Best Practice Note on the European Commission Acting as *Amicus Curiae* in International Arbitration Proceedings“ mit detaillierten Vorschlägen vorgelegt. (2) Ganz vereinzelt finden sich Schiedszusagen auch im Rahmen von Verhaltenszusagen, die die Kommission auf der Grundlage von Art. 9 VO 1/2003 für verbindlich erklärt hat (z.B. 13.9.2007, COMP/E-2/39.143 – *Opel*). Die oben ausgeführten Vorteile besonders für die Kartellbehörden und etwa begünstigte Dritte lassen sich hier genauso fruchtbar machen. Dieser Weg ist fortzusetzen. (3) Im Zusammenhang mit Standardessentiellen Patenten (SEP) entsteht häufig Streit über die Angemessenheit der von Dritten zu entrichtenden Lizenzgebühren. Es ist vorstellbar, dass der Patentinhaber gegenüber der Standardisierungsorganisation nicht nur eine FRAND-Zusage abgibt, sondern sich zudem im Hinblick auf etwaige Streitigkeiten betreffend die Höhe der Lizenzgebühr einer schiedsgerichtlichen Streitentscheidung unterwirft. Ein innovativer Weg wäre die z.B. im Fall *Shell/BASF/JV Project Nicole* (COMP/M.1751) vorgesehene „Pendulum Arbitration“: Jede Partei schlägt einen Preis vor, das Schiedsgericht wählt einen aus. (4) Seit dem berühmten obiter dictum des BGH im *Stadtwerke-Uelzen*-Beschluss aus dem Jahr 2008 (jetzt: § 32 Abs. 2 a GWB) ordnen insbesondere die deutschen Kartellbehörden vereinzelt die Rückerstattung der aus dem kartellrechtswidrigen Verhalten erwirtschafteten Vorteile an. Bislang ist unklar, ob den begünstigten Dritten aus dieser Anordnung privatrechtlich durchsetzbare Ansprüche erwachsen. Es wäre nur ein kleiner Schritt, würde die Kartellbehörde den Kartellanten zudem aufgeben, sich im Streitfall dem Diktum eines Schiedsgerichts zu unterwerfen. ■