

## **Verfahrensgang**

**OLG Celle, Beschl. vom 14.10.2016 - 13 Sch 1/15 (Kart), [IPRspr 2016-314](#)**

## **Rechtsgebiete**

Schiedsgerichtsbarkeit

Allgemeine Lehren → Ordre public

## **Rechtsnormen**

AEUV **Art. 101**; AEUV **Art. 101 f.**; AEUV **Art. 102**

BGB **§ 139**

FuE-GVO 1217/2007 **Art. 3**

GWB **§§ 1 ff.**; GWB **§ 19**; GWB **§§ 19 f.**; GWB **§ 20**; GWB **§ 87**; GWB **§ 91**

UNÜ **Art. V**

ZPO **§ 1061**; ZPO **§ 1062**; ZPO **§§ 1062 ff.**

## **Fundstellen**

### **Bericht**

GWR, 2017, 362

### **LS und Gründe**

WuW, 2017, 508

## **Permalink**

<https://iprspr.mpipriv.de/2016-314>

## **Lizenz**

Copyright (c) 2024 [Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht](#)



Dieses Werk steht unter der [Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz](#).

Da der Hilfsantrag ebenfalls eine wirksame Schiedsabrede voraussetzt, konnte auch diesem nicht entsprochen werden.“

**313.** *Auch für den Bereich des einstweiligen Rechtsschutzes ist eine ausdrückliche Vereinbarung über die exklusive Zuständigkeit eines Schiedsgerichts gemäß §§ 1042, 1041 ZPO möglich und wurde in der entsprechenden Regel (R37) der Verfahrensordnung des Internationalen Sportgerichtshofs in Lausanne getroffen. Die Verfahrensordnung des Internationalen Sportgerichtshofs sieht somit vor, dass die Streitparteien auf einstweiligen Rechtsschutz durch staatliche Gerichte verzichten.*

*Eine Schiedsgerichtseinrede im einstweiligen Rechtsschutzverfahren vor dem staatlichen Zivilgericht ist in diesem Fall gemäß den §§ 1032, 1033, 1041 ZPO wirksam. [LS der Redaktion]*

LG München I, Urt. vom 23.6.2016 – 1 HK O 8126/16: GWR 2017, 57 m. Anm. Ostendorf.

**314.** *Der Antrag auf Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Schiedsspruchs ist unzulässig, soweit er sich auf einen nicht abschließenden Zwischenschiedsspruch bezieht.*

*Der Schiedsspruch ist in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht uneingeschränkt auf Kartellverstöße als Verletzungen des ordre public hin zu überprüfen. Allerdings kommt eine Aufhebung des Schiedsspruchs regelmäßig dann nicht in Betracht, wenn die Auffassungen des Schiedsgerichts und des staatlichen Gerichts in gleicher Weise vertretbar sind, so dass die Inhaltskontrolle in der Praxis auf eine kartellrechtliche Plausibilitätskontrolle beschränkt bleiben wird. [LS von der Redaktion neu gefasst]*

OLG Celle, Beschl. vom 14.10.2016 – 13 Sch 1/15 (Kart): WuW 2017, 508. Bericht in GWR 2017, 362.

Die ASt. begehrt die Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs des xxx-Schiedsgerichts mit Sitz in Brüssel vom 11.6.2015. Sowohl die ASt. als auch die AGg. sind im Bereich der Zuckerrübenzucht und Saatgutvermarktung tätige Unternehmen. Sog. Elitesaatgut zum Weiterverkauf an Landwirte wird nur von wenigen Züchtungsunternehmen entweder gegen anderes Elitematerial oder z.B. Züchtungstechnologie im Austausch angeboten oder ist gegen Zahlung von Lizenzgebühren zur Vermehrung, Verarbeitung und kommerziellen Vermarktung erhältlich. In diesem Bereich kooperierten die Parteien seit 19xx. Nach Ablauf der vereinbarten Gültigkeitsdauer dieses Vertrags schlossen die Parteien im Jahre 19xx einen weiteren Kooperationsvertrag, demzufolge die ASt. der AGg. ihr Keimplasma und ihre Technologie in Lizenz gegen Zahlung einer Lizenzgebühr zur Verfügung stellte. Die AGg. durfte dieses im Rahmen eines koordinierten Züchtungsprogramms zur Entwicklung neuer Zuckerrübensorten nutzen. Die ASt. blieb jedoch einzige und ausschließliche Eigentümerin des gesamten Keimplasmas und der Technologie, und zwar unabhängig davon, von welcher Partei diese entwickelt wurden. 20xx wurde der Zuckerrübenbereich der A. Gruppe, die die damalige Rechtsvorgängerin der ASt. beherrschte, von einer xxx Unternehmensgruppe erworben. Aufgrund dieses Zusammenschlusses schlossen die Parteien im Jahre 20xx einen neuen, in Details angepassten, weitgehend aber unveränderten Kooperationsvertrag ab, den die AGg. im Zuge eines Wechsels in der Geschäftsführung nachzuverhandeln versuchte. Dies scheiterte insbesondere daran, dass die AGg. das Eigentum an dem von ihr entwickelten Keimplasma beanspruchte. Die ASt. kündigte daraufhin im Juli 20xx den Kooperationsvertrag fristgemäß. Die AGg. erfüllte ab dem Jahr 20xx die ihr aus dem Vertrag obliegenden Verpflichtungen nicht mehr und berief sich auf die Nichtigkeit des Vertrags. Auch die ASt. stellte daraufhin ihrerseits die Erfüllung der ihr obliegenden vertraglichen Pflichten ein. Die Parteien haben wechselseitig Ansprüche geltend gemacht. Sie schlossen am 3.10.2013 einen Schiedsvertrag. Das Schiedsgericht hat mit dem Schiedsspruch vom 11.6.2015 festgestellt, dass die AGg. den Kooperationsvertrag durch Nichterfüllung verletzt habe. Es hat die AGg. verurteilt, an die ASt. Lizenzgebühren i.H.v. rund 65 Mio. € sowie Schadensersatz i.H.v. rund 50 Mio. € zu zahlen und Keimplasma sowie Technologie an die ASt. herauszugeben.

Die AGg. hat mit Schriftsatz vom 11.9.2015 Aufhebungsklage bei dem zuständigen Brüsseler Gericht erhoben. Die ASt. begehrt im vorliegenden Verfahren die Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs.

Aus den Gründen:

„II. Auf den Antrag der ASt. ist der ausländische Schiedsspruch des in Brüssel zusammengesetzten Schiedsgerichts vom 11.6.2015 gemäß § 1061 I ZPO i.V.m. den Bestimmungen des UNÜ und i.V.m. §§ 1062 I Nr. 4 und II, 1063 I, 1064 ZPO teilweise für vollstreckbar zu erklären ...

1. Der Antrag ist teilweise zulässig. Der erkennende Senat ist zuständig [dazu unter a)]. Im Übrigen sind die Voraussetzungen einer Sachentscheidung über den Antrag nur insoweit gegeben, als die ASt. die Vollstreckbarerklärung der Zahlungsansprüche begehrt [dazu unter b)].

a) Der erkennende Senat ist nach § 1062 I Nr. 4, II ZPO i.V.m. § 7 II, I Nr. 1 ZustVO-Justiz vom 18.12.2009 (GVBl. 24) zuständig, weil es sich bei dem vorliegenden Verfahren um eine Kartellsache im Sinne der §§ 87, 91 GWB handelt.

b) Die Voraussetzungen einer Sachentscheidung über den Antrag der ASt. sind teilweise gegeben. Die formellen Sachentscheidungsvoraussetzungen liegen vor. Der Antrag ist jedoch unzulässig, soweit er sich auf einen nicht abschließenden Zwischenschiedsspruch bezieht [dazu unter bb)] ...

bb) ... Insoweit stellt die Entscheidung des Schiedsgerichts einen bloßen Zwischenschiedsspruch dar, der zwar das Schiedsgericht an seine tragende Auffassung bindet, aber noch keine Konkretisierung hinsichtlich der Herausgabepflicht enthält und deshalb nach außen hin unverbindlich ist. Denn das herauszugebende Keimplasma und Technologie muss erst noch durch den vom Schiedsgericht bestellten Sachverständigen identifiziert werden, bevor nach Erstellung des Gutachtens und Überprüfung durch das Schiedsgericht ein ‚endgültiger Schiedsspruch‘ ergeht ... Das Schiedsgericht selbst hat erkannt, dass die Formulierung eines vollstreckungsfähigen Inhalts des Schiedsspruchs die Identifikation der herauszugebenden Gegenstände durch einen Sachverständigen erfordert, soweit eine Einigung der Parteien hierüber nicht möglich ist ... Behält sich das Schiedsgericht aber in seiner Entscheidung, in der es den Anspruch für gerechtfertigt erklärt, eine endgültige Entscheidung über Teile des geltend gemachten Anspruchs vor, so stellt eine derartige Entscheidung insoweit keinen für vollstreckbar zu erklärenden Schiedsspruch dar, weil sie das schiedsgerichtliche Verfahren nicht endgültig abschließt, vielmehr für das Schiedsgericht die Möglichkeit offenlässt, die erlassene Entscheidung aufzuheben oder abzuändern (vgl. BGH, Urt. vom 7.10.1953 – II ZR 170/52; *Schwab-Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl., Kap. 30 Rz. 11; *Stein-Jonas-Schlosser*, ZPO, 22. Aufl., Anh § 1061 Rz. 9, 11; *Zöller-Geimer*, ZPO, 31. Aufl., Anh. § 1061 Art IV UNÜ Rz. 24).

Der Antrag auf Vollstreckbarerklärung ist daher insoweit als unzulässig zurückzuweisen. Die Feststellung nach § 1061 II ZPO, dass der Schiedsspruch im Inland nicht anzuerkennen ist, ist dabei nicht zu treffen, weil nicht in der Sache über die Vollstreckbarkeit entschieden wurde (vgl. dazu etwa *Schwab-Walter* aaO Rz. 31) und die Vollstreckbarerklärung des noch zu erlassenden endgültigen Schiedsspruchs möglich bleibt.

2. Soweit der Antrag auf Vollstreckbarerklärung zulässig ist, ist er auch begründet. Die Vollstreckbarerklärung ist weder gemäß § 1061 I 1 ZPO i.V.m. Art. V Abs. 2 lit. b UNÜ abzulehnen, weil die Anerkennung oder Vollstreckung des Schieds-

spruchs gegen den ordre public verstieße [dazu unter a)], noch ist sie wegen einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör nach § 1061 I 1 ZPO i.V.m. Art. V Abs. 1 lit. b [dazu unter b)] oder einer Kompetenzüberschreitung des Schiedsgerichts nach § 1061 I 1 ZPO i.V.m. Art. V Abs. 1 lit. c UNÜ [dazu unter c)] zu versagen.

a) Die Vollstreckbarerklärung eines Schiedsspruchs ist nach § 1061 I 1 ZPO i.V.m. Art. V Abs. 2 lit. b UNÜ zu versagen, sofern seine Anerkennung oder Vollstreckung der öffentlichen Ordnung der Bundesrepublik Deutschland widerspräche, mithin gegen den ordre public verstieße ... (vgl. BGH, Urt. vom 21.4.1998 – XI ZR 377/97<sup>1</sup>, juris Rz. 16; Beschl. vom 18.9.2001 – IX ZB 51/00<sup>2</sup>, juris Rz. 16; Beschl. vom 28.1.2014 – III ZB 40/13, juris Rz. 5; OLG Düsseldorf, Beschl. vom 21.7.2004 – Sch (Kart.) 1/02, juris Rz. 26; *Stein-Jonas-Schlosser* aaO). Die zwingenden Vorschriften europäischen und deutschen Kartellrechts (insbes. Art. 101 f. AEUV sowie §§ 1 ff., 19 f. GWB) zählen dabei nach allgemeiner Auffassung zum ordre public (so EUGH, Urt. vom 1.6.1999 – Eco Swiss China Time Ltd ./ Benetton International N.V., Rs C-126/97, Slg. 1999 I-3055, juris Rz. 39, OLG Düsseldorf aaO Rz. 26; *Immenga-Mestmäcker-K. Schmidt*, Wettbewerbsrecht, Bd. II, 5. Aufl., § 87 Rz. 75; *Stein-Jonas-Schlosser* aaO Rz. 148; *Schwab-Walter* aaO Kap. 24 Rz. 44 f.; *Wiedemann-Bumiller*, Hb. des Kartellrechts, 2. Aufl., § 61 Rz. 30 f.).

Es ist allerdings umstritten, in welchem Umfang staatliche Gerichte einen Schiedsspruch auf Kartellverstöße zu überprüfen haben. Während teilweise vertreten wird, es habe nur eine summarische Plausibilitätsprüfung zu erfolgen (so insbes. OLG Jena, Beschl. vom 8.8.2007 – 4 Sch 3/06<sup>3</sup>, juris Rz. 31 ff.) bzw. der Schiedsspruch sei nur auf eine klare Verknennung der Rechtslage durch das Schiedsgericht zu untersuchen (vgl. *Stein-Jonas-Schlosser* aaO Rz. 141, 145, 148; w.N. etwa bei *K. Schmidt* in FS Kerameus, 2009, 1197 ff. N. 35), geht die h.M. in der Rspr. u. Lit. davon aus, der Schiedsspruch sei in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht uneingeschränkt auf Verletzungen des ordre public hin zu überprüfen; dem Schiedsgericht stehe kein Auslegungsspielraum zu (so BGH, Urt. vom 31.5.1972 – KZR 43/71, juris Rz. 13; Urt. vom 25.10.1966 – KZR 7/65, juris Rz. 43 ff.; OLG Düsseldorf, Beschl. vom 15.7.2002 – 6 Sch 5/02<sup>4</sup>, juris Rz. 6; *Immenga-Mestmäcker-K. Schmidt* aaO; *ders.*, BB 2006, 1397, 1400; *ders.* FS Kerameus aaO 1197, 1204 f.; *Wiedemann-Bumiller* aaO Rz. 30; *Schwab-Walter* aaO Rz. 44, 46; *Haus-Heitzer*, NZKart 2015, 181, 185). Auch von Vertretern dieser Auffassung wird allerdings zugestanden, dass de facto eine Aufhebung des Schiedsspruchs regelmäßig dann nicht in Betracht kommt, wenn die Auffassungen des Schiedsgerichts und des staatlichen Gerichts in gleicher Weise vertretbar sind, so dass die Inhaltskontrolle in der Praxis regelmäßig auf eine kartellrechtliche Plausibilitätskontrolle beschränkt bleiben wird (so *Wiedemann-Bumiller* aaO; *Immenga-Mestmäcker-K. Schmidt* aaO; *ders.* BB aaO; *ders.* FS Kerameus aaO 1207; ähnlich MünchKommZPO-*Adolphsen*, 4. Aufl., § 1061 Anh. 1 Art. V UNÜ Rz. 71).

Der Senat schließt sich der vorgenannten herrschenden Auffassung an. Zwar ist eine sachliche Nachprüfung des Schiedsspruchs grundsätzlich unzulässig (Verbot der révision au fond). Dieses Verbot gilt aber gerade nicht für die Nachprüfung der Erfordernisse der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung und damit für Verstöße

<sup>1</sup> IPRspr. 1998 Nr. 185.

<sup>2</sup> IPRspr. 2001 Nr. 212.

<sup>3</sup> IPRspr. 2007 Nr. 220.

<sup>4</sup> IPRspr. 2002 Nr. 222.

gegen den *ordre public* (vgl. allgemein: *Schütze* aaO Rz. 108, 115 m.w.N.). Auch allgemein – nicht auf die Verletzung von Kartellrecht bezogen – wird eine Bindung an die tatsächlichen Feststellungen sowie die Rechtsauffassung des Schiedsgerichts überwiegend abgelehnt, soweit ein Verstoß gegen den *ordre public* in Frage steht (BGH, Beschl. vom 29.9.1983 – III ZR 213/82, juris Rz. 21; *Schütze* aaO Rz. 115; MünchKommZPO-*Adolphsen* aaO Rz. 68, 71; BeckOK-ZPO-*Wilske/Markert*, 21. Ed., § 1059 Rz. 64). Bei den vorliegend in Frage stehenden Verstößen gegen europäisches und deutsches Kartellrecht kommt hinzu, dass dieses (auch) den Schutz überindividueller Interessen des Staats – nämlich der Freiheit des Wettbewerbs – bezweckt. Dieser Schutz könnte leerlaufen, wenn und soweit eine Schiedsvereinbarung die Prüfungskompetenz staatlicher Gerichte einschränken würde.

Gemessen an dem vorgenannten Maßstab verletzt der Schiedsspruch nicht deshalb den *ordre public*, weil die zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung aus dem Jahre 20xx nach deutschem oder europäischem Kartellrecht unwirksam wäre. Der Kooperationsvertrag verstößt weder gegen Art. 101 AEUV [dazu unter aa)] noch gegen Art. 102 AEUV, § 19 GWB a.F. oder § 20 I GWB a.F.

aa) ... (1) Ein Verstoß gegen Art. 101 AEUV, mithin gegen das Verbot von Vereinbarungen zwischen Unternehmen, welche eine Verhinderung oder Einschränkung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, kommt insbesondere hinsichtlich der Vertragsbestimmungen in Betracht, die regeln, dass sämtliches Keimplasma und sämtliche Technologie im Eigentum der ASt. stehen und im Falle der Vertragsbeendigung an sie herauszugeben sind ...

Die vorstehenden Vertragsbestimmungen unterfallen dem Anwendungsbereich des Art. 101 AEUV [dazu unter (a)]. Zwar dürfte es bereits an hinreichendem Vortrag der AGg. zu der Frage fehlen, welcher Wettbewerb ohne die fraglichen Vereinbarungen bestünde [dazu unter (b)]. Dies kann jedoch offen bleiben, weil es sich bei den vorgenannten Vereinbarungen überwiegend um sog. Nebenabreden handelt, die nicht dem Kartellverbot unterfallen [dazu unter (c)].

(a) Die Regelungen im Kooperationsvertrag vom 29.9.20xx, die das Eigentum an Keimplasma und Technologie sowie dessen Herausgabe betreffen, stellen ebenso wie die Wettbewerbsverbotsklauseln Einschränkungen der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit der AGg. insbesondere für die Zeit nach Beendigung der Zusammenarbeit und damit Beschränkungen des Wettbewerbs dar.

Wettbewerbsbeschränkungen sind ‚bezweckt‘ im Sinne von Art. 101 AEUV, wenn die Vereinbarung das Potential hat, negative Auswirkungen auf den Wettbewerb zu entfalten, wenn sie mithin konkret geeignet ist, zu einer Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts zu führen. Maßgeblich sind dabei der Inhalt der jeweiligen Bestimmung und die mit ihr verfolgten Ziele sowie der wirtschaftliche und rechtliche Zusammenhang, in dem sie steht. Dabei sind auch die Natur der betroffenen Waren, die auf dem betreffenden Markt bestehenden tatsächlichen Bedingungen und die Struktur dieses Markts oder dieser Märkte zu berücksichtigen. Die subjektiven Vorstellungen, insbesondere Absichten der Beteiligten können bei dieser Prüfung berücksichtigt werden, sind aber kein notwendiges Element (s. EuGH, Urt. vom 14.3.2013 – Allianz Hungária Biztosító Zrt. u.a. ./ Gazdasági Versenyhivatal, Rs C-32/11, ECLI:EU:C:2013:160, juris Rz. 36 ff.; vgl. auch Nr. 21 f. der Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 III

EGV [2004/C 101/08]). Bestimmungen, die eine Wettbewerbsbeschränkung schon ihrer Art nach bezwecken, sind regelmäßig insbesondere solche, die in den Gruppenfreistellungsverordnungen oder in den Leitlinien der Kommission als sog. Kernbeschränkungen eingestuft sind (Nr. 23 der Leitlinien aaO; *Langen-Bunte-Hengst*, Kartellrecht, Band II, 12. Aufl., Art. 101 AEUV Rz. 224).

(aa) In Übereinstimmung mit der Auffassung des Schiedsgerichts (...) sind hier sowohl die VO (EU) Nr. 316/2014 (ABl. Nr. L 93/17; vormals VO [EG] Nr. 772/2004; TT-GVO) nebst den zugehörigen Leitlinien (2014/C 89/03 bzw. 2004/C 101/02; TT-LL) als auch die VO (EU) Nr. 1217/2007 (ABl. Nr. L 275/16; FuE-GVO) nebst den zugehörigen Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit (2011/C-11/01) heranzuziehen. Dabei hat das Schiedsgericht weiter zutreffend den aktuellen Stand der TT-GVO und der TT-LL berücksichtigt, obwohl diese nach Abschluss des Vertrags 20xx novelliert wurden, weil sie – soweit hier maßgeblich – nur Auslegungshilfen darstellen.

Der in Frage stehende Vertrag ist nicht ausschließlich und eindeutig dem Bereich der horizontalen Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Forschung und Entwicklung oder dem Gebiet des Technologietransfers zuzuordnen, so dass nicht eine dieser Gruppenfreistellungsverordnungen samt zugehöriger Leitlinien ausschließlich zu berücksichtigen wäre ...

(b) Allerdings erfordert die Annahme einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung weiter die Berücksichtigung der konkreten Eigenschaften der Parteien und des Markts sowie die damit verbundene Prüfung, welcher Wettbewerb zwischen ihnen ohne die fraglichen Vereinbarungen bestünde (EuGH, Urt. vom 11.12.1980 – NV L'Oréal und SA L'Oréal ./ PVBA De Nieuwe AMCK, Rs 31/80, Slg. 1980 I-3775, juris Rz. 19; Urt. vom 28.5.1998 – John Deere Ltd. ./ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Rs C-7/95, ECLI:EU:C:1998:256, juris Rz. 76 m.w.N.). In soweit dürfte die darlegungs- und beweisbelastete AGg. schon nicht mit Substanz vorgetragen haben, dass sie ohne die Kooperationsvereinbarungen überhaupt noch als unabhängige Züchterin tätig sein könnte ...

Die AGg. hat auch nicht mit Substanz dargelegt, auf welchen Keimplasma-Pool sie ohne die vorliegende Zusammenarbeit hätte zugreifen können, und dass dieser wettbewerbsfähig in dem Sinne gewesen wäre, dass eine Züchtungstätigkeit auch ohne die Zusammenarbeit mit der ASt. Aussicht auf Erfolg gehabt hätte. Dies gilt umso mehr, als es in der Zeit von 19xx bis 20xx unstreitig zu einer wesentlichen Konzentration des Markts gekommen ist und nur vier Wettbewerber auf dem Markt für Zuckerrübensaatgut verblieben sind ...

(c) Letztlich kann offen bleiben, ob die AGg. im Jahr 19xx über einen eigenen wettbewerbsfähigen Keimplasma-Pool verfügte, der es ihr auch ohne die streitgegenständlichen Vereinbarungen ermöglicht hätte, in Wettbewerb zu der ASt. zu treten. Denn bei den – unterstellten – Wettbewerbsbeschränkungen handelt es sich jedenfalls überwiegend um vom Kartellverbot ausgenommene sog. Nebenabreden.

... Maßgeblich ist, ob die Durchführung der Hauptmaßnahme ohne die fragliche Beschränkung möglich wäre, mithin ob die Beschränkung für die Durchführung der Hauptmaßnahme ‚strikt unerlässlich‘ ist. Der Umstand, dass die Maßnahme ohne die Beschränkung nur schwerer durchführbar oder weniger rentabel wäre, verleiht dieser Beschränkung demgegenüber nicht den für ihre Qualifizierung als

Nebenabrede erforderlichen Charakter einer ‚objektiv notwendigen‘ Beschränkung. Prüfungsmaßstab ist, ob ‚realistische Alternativen‘ bestehen, die den Wettbewerb weniger einschränken als die in Rede stehenden Beschränkungen, um die Hauptmaßnahme durchführen zu können (s. EuGH, Urt. vom 11.9.2014 – MasterCard Inc. u.a. / Europäische Kommission, Rs C 382/12, ECLI:EU:C:2014:2201, juris Rz. 89 ff., 109 m.w.N.; *Langen-Bunte-Hengst* aaO Rz. 186 ff.). Die Rechtsfigur der Nebenabrede ist dabei entgegen der Auffassung der AGg. nicht auf die Überprüfung von Unternehmenszusammenschlüssen beschränkt (*Langen-Bunte-Hengst* aaO Rz. 189 m.w.N.; vgl. in der Sache auch EuGH aaO).

Die o.g. – für sich genommen wettbewerbsbeschränkenden – Bestimmungen sind hiernach jedenfalls überwiegend als Nebenabreden nicht von dem grundsätzlichen Verbot des Art. 101 I AEUV erfasst, weil die Hauptvereinbarung der Parteien als solche kartellrechtlich unbedenklich ist [dazu unter (aa)] und die vom Schiedsgericht als kartellrechtswidrig angesehenen Regelungen für die Durchführung dieser Hauptvereinbarung überwiegend strikt unerlässlich sind [dazu unter (bb)].

(aa) ... Trotz des insbesondere mit der Wettverbotsklausel verbundenen Verzichts der AGg. auf eigene Forschungs- und Entwicklungsarbeiten außerhalb der Zusammenarbeit mit der ASt. und der Verringerung von Innovationsanreizen aufgrund der Bestimmungen betreffend das Eigentum am Keimplasma und die Rückgabepflichtung hat das Schiedsgericht zutreffend erkannt, dass die Vereinbarung auch im vorliegenden Fall insgesamt wettbewerbsfördernd war ...

Das Schiedsgericht hat weiter zu Recht berücksichtigt, dass keine hinreichenden Anhaltspunkte für die Annahme bestehen, dass es objektiver oder auch nur von der ASt. verfolgter Zweck der Kooperationsverträge gewesen wäre, die AGg. zu ‚eliminieren‘ ...

(bb) Die einschränkenden Vereinbarungen betreffend das Wettbewerbsverbot [dazu unter (æ)], die Eigentumsregelung und die Rückübertragungspflicht [dazu unter (ß)] waren jedenfalls überwiegend als strikt unerlässliche Nebenabreden der wettbewerbsfördernden Hauptvereinbarung nicht von dem grundsätzlichen Verbot des Art. 101 I AEUV erfasst.

(æ) Das Wettbewerbsverbot war für die Durchführung der Kooperation der Parteien strikt unerlässlich [...] ... um die mit dieser Kooperation überwiegend verbundenen wettbewerbsfördernden Wirkungen zu erzielen ...

(ß) Auch die Bestimmungen über das Eigentum am Keimplasma sowie dessen Rückgabe nach Vertragsbeendigung stellen aus den vorstehenden Gründen überwiegend Nebenabreden dar, die von dem grundsätzlichen Verbot des Art. 101 AEUV ausgenommen sind ...

Das Schiedsgericht hat nach alledem zutreffend die Kartellrechtswidrigkeit der Vereinbarung in den vorgenannten Punkten sowie die daraus abzuleitenden Rechtsfolgen berücksichtigt (...). In dem verbleibenden Umfang sind die Wettbewerbsbeschränkungen verhältnismäßig, wobei im Einzelnen auf die vorstehenden Erwägungen betreffend die Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots verwiesen wird.

(2) Das Schiedsgericht hat weiter jedenfalls im Ergebnis zutreffend erkannt, dass die vertraglichen Regelungen über die Zahlung von Lizenzgebühren durch die AGg. nicht gemäß Art. 101 I AEUV kartellrechtswidrig sind ...

Die vom Schiedsgericht vorgenommene dogmatische Einordnung, nach der es sich bei den Bestimmungen betreffend die Lizenzgebühr in Art. 6 des Vertrags um eine vom Kartellverbot des Art. 101 AEUV ausgenommene Nebenabrede handele, erscheint zwar zweifelhaft. Soweit ersichtlich wurde die Rechtsfigur der Nebenabrede bislang nicht auf Entgelt- oder Lizenzgebührenklauseln angewandt. Dieser Prüfungsmaßstab erscheint auch deshalb fraglich, weil selbst dann, wenn grundsätzlich eine Entgeltpflicht zwangsläufiger Bestandteil einer Vereinbarung ist, sich doch nicht feststellen lassen wird, bis zu welcher Entgelthöhe diese ‚strikt unerlässlich‘ ist. Im Ergebnis trifft aber die Auffassung des Schiedsgerichts zu, dass die Vereinbarung der Parteien nicht gegen Art. 101 AEUV verstößt.

Im Grundsatz steht es den Parteien einer Lizenzvereinbarung in der Regel frei, die vom Lizenznehmer zu zahlenden Lizenzgebühren und die Zahlungsmodalitäten festzulegen; Art. 101 I AEUV wird hiervon nicht regelmäßig berührt (Nr. 184 TT-LL). Auch in Art. 3 III 2 sowie Erwgr. 12 FuE-GVO geht die Kommission ersichtlich davon aus, dass die Vereinbarung von Lizenzgebühren zwischen Parteien einer Vereinbarung über Forschung und Entwicklung regelmäßig nicht kartellrechtsrelevant ist. Ein Ausnahmefall liegt hier nicht vor, weil die Vereinbarung weder aufgrund der Höhe der Lizenzgebühren wettbewerbswidrig ist noch aufgrund ihrer Berechnungsweise ...

(3) Zutreffend hat das Schiedsgericht schließlich erkannt, dass die bezeichneten Kartellrechtsverstöße gemäß Art. 101 II AEUV nicht zu einer Gesamtnichtigkeit des Kooperationsvertrags führten.

(a) Die Nichtigkeit erfasst nach Art. 101 II AEUV nur dann den gesamten Vertrag, wenn sich die unter das Verbot des Abs. 1 fallenden Teile nicht von seinem übrigen Inhalt trennen lassen. Hat der restliche Vertrag jedoch einen selbständiger Geltungsfähigen Regelungsgehalt, so beurteilt sich die Auswirkung der Teilnichtigkeit nach nationalem Recht (EuGH, Urt. vom 18.12.1986 – VAG France SA ./ Établissements Magne SA, Rs 10/86, Slg. 1986, 4071, juris Rz. 14 f.; Urt. vom 11.9.2008 – CEP-SA Estaciones de Servicio SA ./ LV Tobar e Hijos SL, C-279/06, Slg. 2008 I-6681, juris Rz. 78 f.; BGH, Urt. vom 8.2.1994 – KZR 2/93, juris Rz. 40). Aus dem Normzweck des Art. 101 AEUV und dem europarechtlichen Charakter seines Abs. 2 folgt nicht, dass eine Totalnichtigkeit gemeinschaftsrechtlich geboten wäre, nur weil sie die schärfste Sanktion darstellte. Maßgeblich ist, inwieweit den Vertragsklauseln um der Durchsetzung des Kartellverbots willen die rechtliche Anerkennung versagt werden muss; hierüber entscheidet allein der Zweck des Kartellverbots, nicht die zivilrechtliche Ausgewogenheit des Vertrags in seiner Ganzheit (*Immenga-Mestmäcker-K. Schmidt* aaO Art. 101 Abs. 2 AEUV Rz. 21 f.). Der Schutzzweck des Kartellverbots ist auf die Freihaltung des Wettbewerbs von beschränkenden Einflüssen gerichtet; entfallen diese Einflüsse und sind die Verträge damit wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden, ist eine Teilbarkeit anzunehmen; der Aufrechterhaltung der Verträge ohne die unzulässigen Abreden kann dabei sogar ein wettbewerbsfördernder Effekt zukommen (BGH aaO Rz. 44). Eine Untrennbarkeit setzt dabei in der Regel voraus, dass die fraglichen Vertragsteile bei Einhaltung des Kartellverbots funktionslos werden (*Immenga-Mestmäcker-K. Schmidt* aaO Rz. 22).

Vorliegend sind die bezeichneten kartellrechtswidrigen Teile des Vertrags 20xx von den restlichen Vertragsbestimmungen trennbar. Der Kooperationsvertrag be-

hält auch bei der vom Schiedsgericht berücksichtigten Teilnichtigkeit seine wesentliche Funktion und ist insgesamt wettbewerbsfördernd. Auch die vom Schiedsgericht vorgenommene Einschränkung der Bestimmungen betreffend das Eigentum an eigenen Verbesserungen der AGg. und deren Rückübertragung dadurch, dass der AGg. ein Anspruch auf Einräumung einer nicht ausschließlichen Lizenz zu näher bezeichneten Bedingungen zuerkannt wurde, stellt vergleichbar einer Zug-um-Zug-Verurteilung in der Sache eine Einschränkung dieser vertraglichen Bestimmungen dar. Auch diese Bestimmungen sind trennbar im Sinne der Art. 101 II AEUV zugrunde liegenden Grundsätze; die Unwirksamkeit greift nur insoweit, als ein Eigentumsübergang und eine Rückübertragung ohne eine solche Rücklizenz vereinbart war.

(b) Soweit sich die Abreden – wie vorliegend – im Sinne des Art. 101 II AEUV von der nichtigen Abrede trennen lassen, richten sich die Rechtsfolgen der Teilnichtigkeit für diese abtrennbaren Vereinbarungen – wie dargestellt – nach nationalem Recht, hier mithin gemäß Art. 15.2 a.E. des Vertrags 20xx nach xxx Recht. Die Richtigkeit dieser Rechtsanwendung zählt nicht mehr zum *ordre public*. Sie ist für die Umsetzung des wettbewerbsschützenden Zwecks europäischen und nationalen Kartellrechts nicht von Bedeutung, sondern berücksichtigt – beispielhaft bei Rückgriff auf deutsches Recht –, inwieweit eine Teilnichtigkeit dem Willen der Vertragsparteien entspreche (§ 139 BGB). Insoweit unterliegt die Entscheidung des Schiedsgerichts daher dem Verbot einer *révision au fond*. Insbesondere angesichts der salvatorischen Klausel des Art. 15.5 des Vertrags 20xx bestehen aber auch – jedenfalls ausgehend von deutschem Recht – keine Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidung des Schiedsgerichts ..., so dass der *ordre public* selbst dann nicht verletzt wäre, wenn die Vorschrift des § 139 BGB in dessen Rahmen zu berücksichtigen wäre. Der Einwand der AGg., die ‚Ergänzung‘ der vertraglichen Vereinbarung durch die Verpflichtung zur Gewährung einer nicht ausschließlichen Rücklizenz sei jedenfalls nicht durch diese salvatorische Klausel gedeckt, ist aus den vorstehenden Erwägungen unzutreffend.

Eine geltungserhaltende Reduktion kartellrechtswidriger Klauseln wird zudem zu Recht verbreitet für zulässig erachtet (vgl. allg. etwa *Immenga-Mestmäcker-K. Schmidt* aaO Art. 101 II AEUV Rz. 29 m.w.N.). Die gegenteilige Auffassung (vgl. OLG Frankfurt, Urt. vom 11.12.2007– 11 U 44/07 [Kart], juris Rz. 38) vermag den Senat nicht zu überzeugen, weil die Totalnichtigkeit gegen das Prinzip der Verhältnismäßigkeit verstieße, solange die geltungserhaltende Reduktion den Interessen der Parteien und ihrem hypothetischen Willen entspricht und sie auf der Basis des Kartellrechts und ohne dessen Aufweichung vorgenommen wird (vgl. *Immenga-Mestmäcker-K. Schmidt* aaO). Im Ergebnis kann die Zulässigkeit einer solchen Reduktion aber letztlich offen bleiben, weil es sich hierbei nicht mehr um die Anwendung europäischen oder nationalen Kartellrechts handelt und eine fehlerhafte Beurteilung jedenfalls keinen Verstoß gegen den *ordre public* darstellt.

bb) Der Schiedsspruch verletzt auch nicht deshalb den *ordre public*, weil der Kooperationsvertrag gegen Art. 102 AEUV verstößt. Die ASt. ist schon nicht marktbeherrschend. Jedenfalls hätte sie eine etwaige marktbeherrschende Stellung nicht missbräuchlich ausgenutzt ...

(d) ... Zwar ist nicht zu verkennen, dass auch eine marktbeherrschende Stellung auf dem Gebiet nur eines einzelnen Mitgliedstaats bereits eine beherrschende Stel-

lung auf einem wesentlichen Teil des gemeinsamen Markts im Sinne des Art. 102 AEUV darstellt (EuG, Urt. vom 7.10.1999 – Irish Sugar PLC ./ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Rs T-228/97, Slg. 1999 II-2969, juris Rz. 99). Dennoch lagen die Marktanteile der ASt. selbst in xxx zu den fraglichen Zeitpunkten – soweit ersichtlich, die Marktanteile für das Jahr 19xx sind nicht dargelegt – zum Teil deutlich unterhalb von 50%, so dass deshalb die Vermutung einer marktbeherrschenden Stellung noch nicht allein hierauf gestützt werden kann ...

(2) Selbst eine marktbeherrschende Stellung der ASt. unterstellt, hätte diese eine solche Stellung allenfalls insoweit missbräuchlich ausgenutzt, als Bestimmungen des Vertrags ohnehin bereits nach Art. 101 II AEUV (teil-) nichtig sind. Insgesamt war der Kooperationsvertrag – unter Ausklammerung dieser ohnehin teils nichtigen Bestimmungen – nicht nur allgemein wettbewerbsfördernd, sondern jedenfalls auch für die AGg. vorteilhaft. Selbst wenn er sich im Nachhinein tatsächlich als wirtschaftlich nachteilig erwiesen hätte – was die AGg. aber auch im Hinblick auf die von ihr dargelegte prognostizierte Liquiditätsentwicklung insbesondere angesichts ihrer unstreitigen Netto-Gewinne nicht mit Substanz dargelegt hat –, spräche doch jedenfalls nichts dafür, dass eine derartige Entwicklung bei Abschluss des Vertrags bereits intendiert oder auch nur objektiv in dem Vertrag angelegt gewesen wäre. Wegen der Einzelheiten wird auf die entsprechenden Erwägungen im Rahmen der Beurteilung eines Verstoßes gegen Art. 101 I AEUV Bezug genommen.

(cc) Aus vergleichbaren Gründen hat das Schiedsgericht weiter zu Recht angenommen, dass die Kooperationsvereinbarung nicht gegen § 19 GWB a.F. verstieß. Auch insoweit fehlt es an einer marktbeherrschenden Stellung sowie jedenfalls als an ihrer missbräuchlichen Ausnutzung ...

cc) ... (2) ... dd) Eine Verletzung von § 20 I GWB a.F. scheidet bereits mangels einer marktbeherrschenden Stellung der ASt. aus ...

b) Die beantragte Vollstreckbarerklärung ist auch nicht gemäß § 1061 I ZPO i.V.m. Art. V Abs. 1 lit. b UNÜ deshalb zu versagen, weil das Schiedsgericht den Anspruch der AGg. auf rechtliches Gehör verletzt hätte, was einen Verstoß gegen den *ordre public* begründen würde (vgl. MünchKommZPO-*Adolphsen* aaO Rz. 74) ...

c) Die beantragte Vollstreckbarerklärung ist auch nicht nach § 1061 I ZPO i.V.m. Art. V Abs. 1 lit. c UNÜ zu versagen, weil das Schiedsgericht seine Kompetenzen überschritten hat. Eine solche Kompetenzüberschreitung ergibt sich weder aus einer nach Auffassung der AGg. unzulässigen Billigkeitsentscheidung noch aus der Formulierung der Herausgabeverpflichtung ...

bb) ... Die Verurteilung der AGg. zur Herausgabe des Keimplasmas verletzt insoweit auch den *ordre public* nicht etwa unter dem Gesichtspunkt, dass die AGg. zu einer ihr unmöglichen Leistung verpflichtet worden wäre. Ob eine solche Verurteilung gegen den *ordre public* verstieße, kann offen bleiben. Es ist auch im deutschen Recht anerkannt, dass eine Herausgabeverurteilung ohne Beweisaufnahme über den Besitz des Schuldners möglich ist, wenn dieser für den Verlust haften würde (vgl. *Palandt-Bassenge* aaO § 985 Rz. 16 m.w.N.). Eine Haftung der AGg. bestünde hier jedenfalls schon deshalb, weil sie nach der Kooperationsvereinbarung zur Herausgabe verpflichtet war.“