

**Schriften zum Prozessrecht**

---

**Band 274**

**Die Struktur der Wirksamkeitskontrolle von  
Schiedsvereinbarungen im Spannungsfeld  
zwischen Schiedsverfahrensrecht,  
Kartellrecht und allgemeinem Zivilrecht**

**Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis des § 1034 Abs. 2 ZPO  
zur Inhaltskontrolle von Schiedsvereinbarungen**

**Von**

**Kay Eric Pipoh**



**Duncker & Humblot · Berlin**

KAY ERIC PIPOH

Die Struktur der Wirksamkeitskontrolle  
von Schiedsvereinbarungen im Spannungsfeld  
zwischen Schiedsverfahrensrecht, Kartellrecht  
und allgemeinem Zivilrecht

Schriften zum Prozessrecht

Band 274

# Die Struktur der Wirksamkeitskontrolle von Schiedsvereinbarungen im Spannungsfeld zwischen Schiedsverfahrensrecht, Kartellrecht und allgemeinem Zivilrecht

Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis des § 1034 Abs. 2 ZPO  
zur Inhaltskontrolle von Schiedsvereinbarungen

Von

Kay Eric Pipoh



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf  
hat diese Arbeit im Jahre 2019 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.

D 61

Alle Rechte vorbehalten  
© 2021 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: Klaus-Dieter Voigt, Berlin  
Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 0582-0219  
ISBN 978-3-428-18090-5 (Print)  
ISBN 978-3-428-58090-3 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

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

*Meiner Familie*



## **Vorwort**

Die vorliegende Arbeit entstand zum Großteil während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht sowie deutsches und internationales Unternehmens-, Wirtschafts- und Kartellrecht der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf. Sie wurde im Wintersemester 2019/2020 von der dortigen Juristischen Fakultät als Promotion angenommen. Die mündliche Prüfung fand im Juni 2020 statt. Literatur und Rechtsprechung sind auf dem Stand von Oktober 2019. Während der Drucklegung konnten spätere Veröffentlichungen und Stellungnahmen größtenteils noch in den Fußnoten berücksichtigt sowie die zitierten Werke auf die neueste Auflage aktualisiert werden.

Mein großer Dank gilt den vielen Menschen, die zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen haben. Ein ganz besonderer Dank gebührt meinem Doktorvater Prof. Dr. Christian Kersting, LL.M. (Yale) für die hervorragende Betreuung der Arbeit, sein immer offenes Ohr, die sehr lehrreiche Zeit an seinem Lehrstuhl und die so zügige Erstellung des Erstgutachtens. Frau Prof.'in Dr. Katharina Lugani danke ich für das konstruktive Gespräch während der Erstellung dieser Arbeit sowie für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Frau Prof.'in Dr. Nicola Preuß sowie Herrn Jun.-Prof. Dr. Jannik Otto danke ich für die Mitwirkung in der Prüfungskommission. Frau Monika Scheithauer sowie allen Kolleginnen und Kollegen danke ich für die Unterstützung und die tolle Zeit am Lehrstuhl, die mir immer in guter Erinnerung bleiben wird. Meinen Freunden und Kollegen Robert Billerbeck, Dr. Sebastian Dworschak und Thomas Scherer danke ich herzlich für all die wertvollen und fruchtbaren Diskussionen, ihre überaus gründliche Durchsicht des Manuskripts sowie den technischen Support.

Von Herzen danke ich meiner Freundin Ruth Baumann für den immensen und immerwährenden Rückhalt in der Zeit der Entstehung dieser Arbeit. Ihre liebevolle Unterstützung und ihr Zuspruch haben wesentlich zur Entstehung dieser Arbeit beigetragen.

Ebenso von Herzen danke ich meiner Familie: Meinen Eltern Helge und Ilona Pipoh, meinen Geschwistern Kira, Kaja und Krister Pipoh sowie meinen Großeltern Hans-Erich und Ursula Pipoh und Rosemarie Grotklaes. Sie alle haben mich immer bedingungslos unterstützt und mir in allen Lebensphasen den so wichtigen Rückhalt gegeben. Ohne sie wäre diese Arbeit und mein bisheriger Lebensweg nicht denkbar gewesen. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Düsseldorf, im Dezember 2020

*Kay Pipoh*



# Inhaltsübersicht

<b>Einleitung</b> .....	21
<i>Kapitel 1</i>	
<b>Ausgangspunkt und Anlass der Arbeit</b>	25
§ 1 Die Rechtssache <i>Pechstein</i> – Zusammenfassung .....	25
§ 2 Untersuchungsgegenstand .....	33
<i>Kapitel 2</i>	
<b>Die Entwicklung der Wirksamkeitskontrolle von Schiedsvereinbarungen durch das SchiedsVfG</b>	37
§ 1 Materielle Wirksamkeitskontrolle von Schiedsvereinbarungen unter altem Schiedsverfahrensrecht: § 1025 Abs. 2 ZPO a.F. .....	37
§ 2 Auswirkungen des SchiedsVfG auf die materielle Wirksamkeitskontrolle von Schiedsvereinbarungen .....	43
§ 3 Ergebnisse des 2. Kapitels .....	74
<i>Kapitel 3</i>	
<b>Die Wirksamkeitskontrolle von Schiedsvereinbarungen nach geltendem Recht</b>	77
§ 1 Allgemeine Überlegungen zur Wirksamkeitskontrolle von Schiedsvereinbarungen .....	77
§ 2 Abschlusskontrolle von Schiedsvereinbarungen unter geltendem Schiedsverfahrensrecht .....	116
§ 3 Inhaltskontrolle von Schiedsvereinbarungen unter geltendem Schiedsverfahrensrecht .....	125
§ 4 Ergebnisse des 3. Kapitels .....	228
<i>Kapitel 4</i>	
<b>Die Auswirkungen des § 1034 Abs. 2 ZPO auf die Inhaltskontrolle von Schiedsvereinbarungen</b>	231
§ 1 Tatbestand und Umfang des § 1034 Abs. 2 ZPO .....	231

§ 2 Das Vorliegen „echter Schiedsgerichtsbarkeit“ als Anwendungsvoraussetzung des § 1034 Abs. 2 ZPO und die Auswirkungen der Norm auf diesen Begriff ..	258
§ 3 Das Verhältnis des § 1034 Abs. 2 ZPO zu den Regeln der Inhaltskontrolle .....	295
§ 4 Ergebnisse des 4. Kapitels .....	338
 <i>Kapitel 5</i>	
<b>Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen</b>	340
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	346
<b>Sachwortverzeichnis</b> .....	369

# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung .....</b>	21
<i>Kapitel 1</i>	
<b>Ausgangspunkt und Anlass der Arbeit .....</b>	25
§ 1 Die Rechtssache <i>Pechstein</i> – Zusammenfassung .....	25
A. Sachverhalt und erstinstanzliche Entscheidung des LG München I vom 26.02.2014 .....	25
B. Berufungsentscheidung des OLG München vom 15.01.2015 .....	29
C. Revisionsentscheidung des BGH vom 07.06.2016 .....	30
§ 2 Untersuchungsgegenstand .....	33
<i>Kapitel 2</i>	
<b>Die Entwicklung der Wirksamkeitskontrolle von Schiedsvereinbarungen durch das SchiedsVfG .....</b>	37
§ 1 Materielle Wirksamkeitskontrolle von Schiedsvereinbarungen unter altem Schiedsverfahrensrecht: § 1025 Abs. 2 ZPO a.F. .....	37
A. Der Abschluss von Schiedsvereinbarungen in Situationen strukturellen Ungleichgewichts zwischen den Parteien unter und abseits des § 1025 Abs. 2 ZPO a.F. .....	39
B. Die Annahme von Bestimmungen in der Schiedsvereinbarung, die ein Übergewicht im Verfahren bewirken, abseits des § 1025 Abs. 2 ZPO a.F. ..	42
C. Zwischenergebnis .....	43
§ 2 Auswirkungen des SchiedsVfG auf die materielle Wirksamkeitskontrolle von Schiedsvereinbarungen .....	43
A. Abschaffung der Abschlussvariante des § 1025 Abs. 2 ZPO a.F. und Fortbestehen der Unsicherheit im Umgang mit dem Abschluss von Schiedsvereinbarungen insbesondere in Situationen strukturellen Ungleichgewichts ..	44
B. Überführung der Annahmevereziante in § 1034 Abs. 2 ZPO .....	46
C. Zwischenergebnis .....	48
D. Rückschlüsse aus der Einführung des neuen Schiedsverfahrensrechts für die Wirksamkeitskontrolle von Schiedsvereinbarungen .....	49
I. Die Freiwilligkeit der Einigung auf eine Schiedsvereinbarung im geltenden Schiedsverfahrensrecht .....	49

I.	Die Notwendigkeit einer freiwilligen Einigung auf eine Schiedsvereinbarung stellt keine schiedsrechtliche Besonderheit dar .....	49
a)	Die Schiedsvereinbarung als privatautonomer Verzicht auf den Justizgewährungsanspruch .....	50
b)	Die Freiwilligkeit des Abschlusses einer Schiedsvereinbarung als Notwendigkeit eines privatautonomen Verzichts auf den Justizgewährungsanspruch .....	51
2.	Keine Abschaffung der Freiwilligkeitskontrolle durch Abschaffung des § 1025 Abs. 2 ZPO a. F. ....	53
a)	Gleichwertigkeit von Schiedsverfahren und staatlichem Gerichtsverfahren als neue Grundannahme des Schiedsverfahrensrechts .	53
b)	Abschaffung der Spezialnorm des § 1025 Abs. 2 ZPO a. F. führt zum Rückfall auf allgemeine Wirksamkeitskontrollen .....	55
aa)	Die Abschaffung der Notwendigkeit einer freiwilligen Einigung auf die Schiedsvereinbarung wäre dem einfachen Gesetzgeber nicht möglich gewesen .....	58
bb)	Die Abschaffung des § 1025 Abs. 2 ZPO a. F. ist ohnehin nicht als Abschaffung der Notwendigkeit einer freiwilligen Einigung zu verstehen .....	60
cc)	Zwischenergebnis .....	64
c)	§ 11 AntiDopG und seine gesetzgeberische Intention als gesetzgeberische Meinungskundgabe zur Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen .....	64
3.	Zwischenergebnis .....	66
II.	Trennung zwischen Schiedsvereinbarung und Schiedsverfahrensvereinbarung .....	67
1.	Trennung zwischen Schiedsvereinbarung i.e.S. und Schiedsverfahrensvereinbarung .....	67
2.	Bedeutung der Trennung insbesondere für die Rechtsfolge der Wirksamkeitskontrolle .....	71
§ 3	Ergebnisse des 2. Kapitels .....	74

### *Kapitel 3*

	<b>Die Wirksamkeitskontrolle von Schiedsvereinbarungen nach geltendem Recht</b>	77
§ 1	Allgemeine Überlegungen zur Wirksamkeitskontrolle von Schiedsvereinbarungen .....	77
A.	Die Anwendung materiell-rechtlicher Wirksamkeitsregeln auf die Schiedsvereinbarung ist unabhängig von der Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung .....	77

B. Der Einfluss der Unabhängigkeit von Hauptvertrag und Schiedsvereinbarung auf die materiell-rechtliche Wirksamkeitsprüfung der Schiedsvereinbarung .....	80
I. Problemaufriss .....	81
II. Unabhängigkeit der Schiedsvereinbarung .....	82
1. (In-)Existenz und (Un-)Wirksamkeit des Hauptvertrags haben grundsätzlich keinen Einfluss auf die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung .....	84
a) „Ausnahme“: Fehleridentität .....	87
aa) Willensmängel .....	87
bb) Unwirksamkeits- und Nichtigkeitsgründe .....	88
b) Keine absolute Unabhängigkeit der Schiedsvereinbarung vom Hauptvertrag .....	90
2. Das auf Hauptvertrag und Schiedsvereinbarung anwendbare nationale Recht ist jeweils autonom zu bestimmen .....	91
3. Innerhalb eines auf Hauptvertrag und Schiedsvereinbarung anwendbaren nationalen Rechts kann es zur Anwendung unterschiedlicher nationaler Regeln kommen .....	93
III. Keine Bedeutung des Unabhängigkeitsgrundsatzes für die materiell-rechtliche Wirksamkeitskontrolle der Schiedsvereinbarung .....	93
1. Schiedsvereinbarung und Hauptvertrag als eigenständige aber nicht gleichrangige Vereinbarungen .....	94
a) Der auf den Hauptvertrag bezogene Vollmachtsmangel .....	94
b) Übergang der Schiedsvereinbarung im Zessionsfall .....	96
c) Schiedsvereinbarung als akzessorische Klausel .....	99
2. Stimmen zur Bedeutung des Unabhängigkeitsgrundsatzes für die materiell-rechtliche Wirksamkeitskontrolle .....	100
a) Stimmen gegen eine Fortsetzung des Unabhängigkeitsgedankens auf materiell-rechtlicher Ebene .....	100
b) Stimmen für eine Fortsetzung des Unabhängigkeitsgedankens auf materiell-rechtlicher Ebene .....	102
3. Eigene Begründung: Betrachtung und Auslegung des § 1040 Abs. 1 ZPO .....	102
4. Schlussfolgerung und Ergebnis zu B.: Kein Einfluss der Unabhängigkeit der Schiedsvereinbarung auf die materiell-rechtliche Wirksamkeitsprüfung .....	111
C. Zur Frage der Unabhängigkeit der Schiedsvereinbarung auch auf Ebene des europäischen Rechts .....	113
D. Zwischenergebnis .....	115
§ 2 Abschlusskontrolle von Schiedsvereinbarungen unter geltendem Schiedsverfahrensrecht .....	116

A. Abschluss- und Inhaltskontrolle von Schiedsvereinbarungen: Keine Abschlusskontrolle der Schiedsvereinbarung im klassischen Sinne über § 138 BGB .....	117
B. Unwirksamkeit des Abschlusses einer Schiedsvereinbarungen aufgrund von Unfreiheit der Willensbildung .....	119
I. Nicht jede Art von Zwang zum Vertragsschluss erfordert einen Eingriff der Rechtsordnung .....	120
II. Insbesondere beim Abschluss von Verträgen in wirtschaftlicher Disparität zwischen Parteien steht das Ob des Vertragsschlusses selten in Frage .....	124
III. Rückschluss aus einem wirksamen Abschluss .....	124
C. Zwischenergebnis .....	125
§ 3 Inhaltskontrolle von Schiedsvereinbarungen unter geltendem Schiedsverfahrensrecht .....	125
A. Inhaltskontrolle von Schiedsvereinbarung gemäß § 138 Abs. 1 BGB .....	126
I. Die Anknüpfung an den Inhalt des Rechtsgeschäfts im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB .....	127
1. Exkurs: Der Tatbestand des § 138 Abs. 2 BGB besteht aus objektiven sowie subjektiven Merkmalen .....	128
2. Objektive Anknüpfung an den Inhalt im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB .....	129
II. Die Schiedsvereinbarung i. e. S. als Anknüpfungspunkt für die Inhaltskontrolle .....	132
1. Keine Benachteiligung allein durch eine Vereinbarung, die als Inhalt die Einigung auf die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts im Streitfall (Schiedsvereinbarung i. e. S.) hat .....	133
2. Exkurs: keine entgegenstehenden Erwägungen .....	138
III. Die Schiedsverfahrensvereinbarung als Anknüpfungspunkt der Inhaltskontrolle im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB .....	141
1. Sittenwidrigkeit von Schiedsverfahrensvereinbarungen allein aufgrund ihrer inhaltlichen Bestimmungen .....	142
2. Sittenwidrigkeit von Schiedsverfahrensvereinbarungen aufgrund ihrer inhaltlichen Bestimmungen unter Hinzunahme ihrer Umstände – insbesondere das Ausnutzen von Übermacht .....	146
a) § 138 Abs. 1 BGB schützt die unterlegene Partei vor der Ausnutzung der Übermacht durch die überlegene Partei .....	146
b) Unter diesem Gesichtspunkt können auch Schiedsverfahrensvereinbarungen nach § 138 Abs. 1 BGB unwirksam sein .....	155
3. Interessenabwägung zur Ermittlung der Sittenwidrigkeit .....	157
IV. Subjektiver Tatbestand des § 138 Abs. 1 BGB .....	157
V. Rechtsfolge der Sittenwidrigkeit einer Schiedsverfahrensvereinbarung ..	158
VI. Zwischenergebnis .....	159
B. Inhaltskontrolle von Schiedsvereinbarungen am Maßstab des AGB-Rechts ..	160

I.	Keine unangemessene Benachteiligung durch Schiedsvereinbarungen i. e. S. ....	162
II.	Inhaltskontrolle von Schiedsverfahrensvereinbarungen am Maßstab des AGB-Rechts .....	163
III.	Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das AGB-Recht für Schiedsvereinbarung i. e. S. und Schiedsverfahrensvereinbarung .....	163
IV.	Zwischenergebnis .....	164
C.	Inhaltskontrolle von Schiedsvereinbarungen am Maßstab des kartellrechtlichen Konditionenmissbrauchs des § 19 GWB .....	165
I.	Einleitung: Schiedsfähigkeit kartellrechtlicher Streitigkeiten, Zulässigkeit ausschließlicher Schiedsvereinbarungen in Kartellsachen und Angriffspunkte des Kartellrechts in Bezug auf Schiedsvereinbarungen ..	166
1.	Schiedsfähigkeit kartellrechtlicher Streitigkeiten .....	166
2.	Die Zulässigkeit ausschließlicher Schiedsvereinbarungen in Kartellsachen .....	168
a)	Zulässigkeit der Derogation der Zuständigkeit eines deutschen Gerichts durch eine Gerichtsstandsvereinbarung in Kartellsachen	169
b)	Zulässigkeit der Derogation der Zuständigkeit eines deutschen Gerichts durch eine Schiedsvereinbarung in Kartellsachen .....	171
3.	Blickwinkel und Angriffspunkte der Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen in Kartellstreitigkeiten .....	174
II.	Inhaltskontrolle von Schiedsvereinbarungen am Maßstab des kartellrechtlichen Konditionenmissbrauchs aus § 19 GWB .....	177
1.	Beschränkung auf die Fallgruppe des Konditionenmissbrauchs .....	180
2.	Die Schiedsvereinbarung als Kondition i. S. d. § 19 GWB .....	182
a)	Stimmen zur Reichweite des Begriffs <i>Geschäftsbedingungen</i> in § 19 Abs. 2 Nr. 2 Var. 2 GWB in der Literatur .....	182
aa)	Stimmen für ein grundsätzlich weites Verständnis des Begriffs .....	182
bb)	Beschränkung der inhaltlichen Reichweite durch Notwendigkeit eines Leistungsbezugs? .....	183
cc)	Stimmen zur inhaltlichen Beschränkung aufgrund der systematischen Verknüpfung der <i>Geschäftsbedingungen</i> mit den Entgelten in § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB .....	184
b)	Rechtsprechung zur Schiedsvereinbarung als <i>Geschäftsbedingung</i> .....	186
c)	Notwendigkeit einer abschließenden Einordnung der Schiedsvereinbarung als <i>Geschäftsbedingung</i> i. S. d. § 19 Abs. 2 Nr. 2 Var. 2 GWB? .....	187
3.	Missbräuchlichkeit von Konditionen .....	188
a)	Missbräuchlichkeit aufgrund quantitativer Erwägungen .....	188
b)	Missbräuchlichkeit aufgrund qualitativer Erwägungen .....	191

aa) Zulässigkeit und Anknüpfung von qualitativen Erwägungen zur Feststellung der Missbräuchlichkeit innerhalb des § 19 GWB .....	191
bb) Missbräuchlichkeit als Ergebnis allein einer Interessenabwägung anhand qualitativer Kriterien .....	194
cc) Berücksichtigung kartellrechtlicher und außerkartellrechtlicher Wertungen .....	197
(1) Berücksichtigung der Wertungen der §§ 307 ff. BGB ..	198
(2) Berücksichtigung grundrechtlicher Wertungen .....	200
dd) Gewicht der Berücksichtigung außerkartellrechtlicher Wertungen .....	201
(1) Ansatz zur Begrenzung des Kreises denkbarer außerkartellrechtlicher Normen im Rahmen des Konditionenmissbrauchs von <i>Nothdurft</i> .....	202
(2) Ansatz zur Begrenzung des Kreises denkbarer außerkartellrechtlicher Normen im Rahmen des Konditionenmissbrauchs von <i>Lettl</i> .....	203
ee) Konditionenmissbrauch durch Verstoß gegen außerkartellrechtliche Normen .....	204
ff) Schutz des Einzelnen vor Fremdbestimmung durch den Marktbeherrschende als vorrangiger Schutzzweck des Konditionenmissbrauchs? .....	208
(1) Sachliche Interdependenz von Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit, Vielschichtigkeit der Zwecksetzung .....	208
(2) Notwendigkeit einer Trennung zwischen Behinderungs- und Ausbeutungsmisbrauch zur Ermittlung des konkreten Schutzzwecks .....	210
(3) Konditionenmissbrauch: Vorrangig Schutz der unterlegenen Partei vor Fremdbestimmung durch den Marktbeherrschende? .....	212
(4) Schlussfolgerungen aus einem solchen Schutzzweckverständnis für die Kontrolle von Schiedsvereinbarungen	214
4. Zwischenergebnis .....	215
5. Missbräuchlichkeit von Schiedsvereinbarungen aus quantitativer Sicht .....	216
6. Missbräuchlichkeit von Schiedsvereinbarungen aus qualitativer Sicht	219
a) Missbräuchlichkeit von Schiedsvereinbarungen i. e. S. aus qualitativer Sicht .....	221
b) Missbräuchlichkeit von Schiedsverfahrensvereinbarungen aus qualitativer Sicht .....	222
7. Zivilrechtliche Rechtsfolge eines Verstoßes gegen das kartellrechtliche Missbrauchsverbot .....	224
III. Zwischenergebnis .....	227

§ 4 Ergebnisse des 3. Kapitels .....	228
--------------------------------------	-----

*Kapitel 4***Die Auswirkungen des § 1034 Abs. 2 ZPO auf die Inhaltskontrolle von Schiedsvereinbarungen** 231

§ 1 Tatbestand und Umfang des § 1034 Abs. 2 ZPO .....	231
A. Anwendbarkeit des deutschen Schiedsverfahrensrechts .....	231
B. Normzweck und gesetzgeberische Intention des § 1034 Abs. 2 ZPO .....	232
C. Tatbestand .....	233
I. Schiedsvereinbarung gibt einer Partei Übergewicht bei der Zusammensetzung des Schiedsgerichts .....	233
1. Übergewicht bei der Zusammensetzung .....	233
2. „einer Partei“ .....	234
3. „Gibt die Schiedsvereinbarung“ .....	234
a) Gemeint ist Schiedsverfahrensvereinbarung .....	234
b) Wirksame Schiedsvereinbarung i. e. S. als Tatbestandsvoraussetzung des § 1034 Abs. 2 ZPO .....	235
c) Der Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung i. e. S. steht das im Fall des § 1034 Abs. 2 ZPO notwendig vorhandene Übergewicht einer Partei bei der Besetzung des Schiedsgerichts nicht entgegen .....	236
d) Unmittelbares und mittelbares Beruhen des Übergewichts auf der Schiedsvereinbarung .....	236
4. Sonderfall: Übergewicht durch Besetzung des Schiedsgerichts aufgrund einer Schiedsrichterliste .....	238
a) Fall 1: Beschränkung des Schiedsrichterkreises durch die Schiedsrichterliste .....	239
b) Fall 2: Möglichkeit der Einflussnahme auf die Zusammensetzung der Schiedsrichterliste – die Lagertheorie .....	239
aa) Übertragung der Lagertheorie in der Rechtssache <i>Pechstein</i> .....	240
bb) Exkurs: Problem der Lagerzuordnung in der Rechtssache <i>Pechstein</i> .....	242
c) Eigener Ansatz: Die Lagertheorie als Auffangkriterium im Rahmen des § 1034 Abs. 2 ZPO .....	244
aa) Die Lagertheorie hat ihren Ursprung in einer Zeit vor § 1034 Abs. 2 ZPO .....	245
bb) Die Feststellung eines faktisch übermäßigen Einflusses einer Partei macht eine Lagerzuordnung obsolet .....	246
cc) Anwendbarkeit der Lagertheorie nur im Falle gleichberechtigten Einflusses auf die Zusammensetzung des Schiedsgerichts .....	249
d) Zwischenergebnis .....	249
II. Benachteiligung der anderen Partei durch das Übergewicht .....	250

III. § 1034 Abs. 2 ZPO setzt tatbestandlich nicht eine Ungleichgewichtslage zwischen den Parteien voraus .....	251
D. Rechtsfolge: Schiedsvereinbarung i.e.S. bleibt unberührt, Wahlrecht der benachteiligten Partei und Neubestellung des Schiedsgerichts .....	252
E. Anwendbarkeit des § 1034 Abs. 2 ZPO auf außervertragliche Schiedsgerichte im Sinne des § 1066 ZPO .....	256
F. Zwischenergebnis .....	256
<b>§ 2 Das Vorliegen „echter Schiedsgerichtsbarkeit“ als Anwendungsvoraussetzung des § 1034 Abs. 2 ZPO und die Auswirkungen der Norm auf diesen Begriff ..</b>	<b>258</b>
A. Bedeutung des Begriffs der <i>echten Schiedsgerichtsbarkeit</i> .....	259
B. Ursprung des Begriffs: Vereins- und Verbandswesen .....	260
I. Entscheidung vereins- oder verbandsinterner Streitigkeiten durch Schiedsgerichte .....	261
1. Bedeutung der Einordnung als vertragliches oder außervertragliches Schiedsgericht .....	262
2. Vereins- oder Verbandsschiedsgerichte als vertragliche oder außervertragliche Schiedsgerichte .....	263
II. Relevanz der Abgrenzung: Prüfungsumfang .....	265
III. Abgrenzung von Vereins- oder Verbandsgericht zu echtem Schiedsgericht .....	265
IV. Der Begriff des echten Schiedsgerichts hat Bedeutung auch außerhalb des § 1066 ZPO .....	266
1. Notwendigkeit einer Abgrenzung zwischen Vereins- beziehungsweise Verbandsgericht zu echtem Schiedsgericht im Rahmen des § 1029 Abs. 1 ZPO? .....	266
2. Überlegungen zur dogmatischen Verortung der Begrifflichkeit .....	268
V. Zwischenergebnis .....	271
C. Der Begriff des <i>echten Schiedsgerichts</i> .....	271
I. Kriterien eines echten Schiedsgerichts .....	272
1. Endgültige und verbindliche Entscheidung durch das Schiedsgericht .....	273
2. Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Schiedsgerichts .....	273
3. Geltung der Kriterien auch für andere Abgrenzungen als der zum Vereinsgericht .....	278
4. Die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit als konstitutives Merkmal eines echten Schiedsgerichts? .....	278
a) Mängel individueller Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit des Schiedsrichters .....	280
b) Übergewicht einer Partei bei der Besetzung des Schiedsgerichts .....	281
aa) § 1034 Abs. 2 ZPO löst die von ihm erfassten Fälle aus dem konstitutiven Kernbereich der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit heraus .....	282
bb) Die Herauslösung gilt sowohl für vertragliche Schiedsgerichte wie auch für außervertragliche Schiedsgerichte .....	284

c) Zwischenergebnis .....	285
II. Strukturelle Unabhängigkeit und Unparteilichkeit als konstitutive Merkmale eines echten Schiedsgerichts bei Nichtanwendbarkeit des § 1034 Abs. 2 ZPO? .....	285
1. Die Bedeutung des deutschen Begriffs eines echten Schiedsgerichts für Fälle eines ausländischen Schiedsverfahrensstatuts .....	286
a) Der Begriff des echten Schiedsgerichts in den Fällen des § 1025 Abs. 2 ZPO .....	286
b) Der Begriff des echten Schiedsgerichts in der Anerkennungs- bzw. Vollstreckbarerklärungssituation des § 1061 ZPO .....	287
c) Zwischenergebnis .....	291
2. Nichtkonstitutiver Charakter der von § 1034 Abs. 2 ZPO erfassten Fälle auch bei dessen Nichtanwendbarkeit aufgrund ausländischen Schiedsverfahrensstatuts .....	291
3. Auswirkungen mangelnder Behebbarkeit von Besetzungsmängeln im anwendbaren ausländischen Schiedsverfahrensrecht .....	292
4. Zwischenergebnis .....	294
§ 3 Das Verhältnis des § 1034 Abs. 2 ZPO zu den Regeln der Inhaltskontrolle .....	295
A. Methodische Eingangsüberlegungen: Tatbestands- oder Konkurrenzlösung .....	297
I. Konkurrenzlösung .....	297
II. Tatbestandslösung .....	300
B. Das Verhältnis von § 1034 Abs. 2 ZPO zur Inhaltskontrolle gemäß § 138 BGB .....	301
I. § 1034 Abs. 2 ZPO als die Sittenwidrigkeitskontrolle des § 138 Abs. 1 BGB beschränkende Norm .....	301
II. Exkurs: § 1034 Abs. 2 ZPO stellt allerdings keine abschließende Regelung zum sog. Abschlusszwang dar .....	304
C. Das Verhältnis von § 1034 Abs. 2 ZPO zur AGB-Kontrolle .....	307
I. Ansicht der Rechtsprechung und Problemaufriss .....	307
II. Ansicht der Literatur und Stellungnahme .....	309
III. Sonderfall: Verbraucherbeteiligung .....	311
IV. Zwischenergebnis .....	313
D. Das Verhältnis des § 1034 Abs. 2 ZPO zur kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle des § 19 GWB .....	313
I. Ausgangspunkt und Problemaufriss .....	313
II. § 1034 Abs. 2 ZPO als die kartellrechtliche Missbrauchskontrolle des § 19 Abs. 1 GWB beschränkende Norm .....	316
1. Entgegen der Ansicht des OLG München: kein typischer Vorrang des Kartellrechts gegenüber dem Schiedsverfahrensrecht .....	317
2. Prozessrecht ist für Besetzungsvereinbarungen, die als Schiedsverfahrensvereinbarungen Prozessverträge darstellen, vorrangig .....	318

3. Die Abschaffung des § 91 GWB a.F. spricht für einen Vorrang des § 1034 Abs. 2 ZPO vor der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle des § 19 GWB .....	319
4. § 1034 Abs. 2 ZPO muss seinem Schutzzweck nach auch in den von § 19 GWB erfassten Fällen des Ausbeutungsmissbrauchs zur Geltung kommen .....	323
5. Begrenzung des Anwendungsbereichs des Missbrauchsverbots durch negative wie positive Berücksichtigung außerkartellrechtlicher Wertungen und Normen .....	326
6. Zwischenergebnis .....	329
E. Das Verhältnis des § 1034 Abs. 2 ZPO zur europakartellrechtlichen Missbrauchskontrolle des Art. 102 AEUV .....	330
I. Grundsatz: Anwendungsvorrang des europäischen Rechts gegenüber nationalem Recht .....	331
II. Genuin nationales Schiedsverfahrensrecht versus europäisches Kartellrecht .....	331
1. Ausgangsfrage der <i>Genentech</i> -Entscheidung des EuGH vom 07.06.2016 .....	334
2. Schlussanträge des Generalanwalts <i>Wathelet</i> .....	334
3. Entscheidung des EuGH und Interpretationsmöglichkeiten .....	335
III. Auflösung über die Trennung zwischen Schiedsvereinbarung i. e. S. und Schiedsverfahrensvereinbarung .....	336
IV. Zwischenergebnis .....	337
F. Zwischenergebnis .....	338
§ 4 Ergebnisse des 4. Kapitels .....	338
<i>Kapitel 5</i>	
<b>Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen</b> .....	340
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	346
<b>Sachwortverzeichnis</b> .....	369

## **Einleitung**

Schiedsverfahrensrecht und Kartellrecht haben lange Zeit nebeneinander her existiert, ohne dass es zwischen ihnen zu großen Überschneidungen gekommen wäre. Das lag im Wesentlichen wohl daran, dass kartellrechtliche Streitigkeiten in den meisten Jurisdiktionen als nicht schiedsfähig angesehen worden waren.<sup>1</sup> Beides hat sich massiv geändert. Beginnend in den USA mit der Entscheidung in der Rechtssache *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* im Jahr 1985 über die Entscheidung *Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV* des EuGH aus dem Jahr 1999, ist die Schiedsfähigkeit kartellrechtlicher Streitigkeiten heute international anerkannt.<sup>2</sup> Auch in Deutschland sind kartellrechtliche Fragen seit Abschaffung des § 91 GWB a.F., der Schiedsvereinbarungen in bestimmten kartellrechtlichen Streitigkeiten für unwirksam erklärte, wenn sie nicht ein Wahlrecht zugunsten des staatlichen Gerichts enthielten, mit dem Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetz (SchiedsVfG)<sup>3</sup> zum Jahre 1998 vollumfänglich schiedsfähig.<sup>4</sup>

Parallel zu dieser Entwicklung befinden sich Schiedsverfahrensrecht und Kartellrecht auch jeweils für sich betrachtet auf dem Vormarsch.<sup>5</sup> So haben Schiedsverfahren deutlich an Bedeutung gewonnen. Das gilt nicht nur für internationale (Handels-)Streitigkeiten, von denen ein Großteil heute vor Schiedsgerichten entschieden wird.<sup>6</sup> Im Kartellrecht gilt dies in besonderem Maße für den Konditionenmissbrauch. Obgleich das kartellrechtliche Missbrauchsverbot bereits seit dem Jahr 1957 im GWB verankert ist, spielte die Tatbestandsvariante des Konditionenmissbrauchs in der Praxis bislang eine eher untergeordnete Rolle.<sup>7</sup> Erst in

---

<sup>1</sup> Baumann, GRUR 2018, 145, 146; Geradin, Public Policy and Breach of Competition Law in International Arbitration, verfügbar auf SSRN, S. 2.

<sup>2</sup> Baumann, GRUR 2018, 145, 146; Botta, IIC 2017, 235, 238; Geradin, Public Policy and Breach of Competition Law in International Arbitration, verfügbar auf SSRN, S. 2.

<sup>3</sup> Gesetz zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts (Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetz – SchiedsVfG) vom 30.12.1997, in Kraft getreten am 01.01.1998 (BGBl. I 1997 S. 3224).

<sup>4</sup> Baumann, GRUR 2018, 145, 146.

<sup>5</sup> Geradin, Public Policy and Breach of Competition Law in International Arbitration, verfügbar auf SSRN, S. 1 f.; Jahnke, Die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen der Schiedsgerichtsbarkeit, S. 7 ff.

<sup>6</sup> Geradin, Public Policy and Breach of Competition Law in International Arbitration, verfügbar auf SSRN, S. 1 f.; zusammenfassend und m.w.N. Michaelis, SchiedsVZ 2019, 331 f.

<sup>7</sup> Esser, in: FS Schroeder, S. 249, 251; Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 19 Rn. 211.

jüngerer Zeit hat der Konditionenmissbrauch zunehmend Relevanz erlangt.<sup>8</sup> Für Aufsehen haben erst jüngst die Entscheidungen des Bundeskartellamts und des OLG Düsseldorf im Facebook-Verfahren gesorgt.<sup>9</sup>

Analog zu diesen Entwicklungen sind auch die Überschneidungen zwischen Schiedsverfahrensrecht und Kartellrecht gewachsen. Immer öfter stellen sich komplexe Rechtsfragen betreffend das Zusammenspiel von Schiedsverfahrensrecht und Kartellrecht, von denen viele noch ungelöst sind.<sup>10</sup> Man denke beispielsweise an die Diskussionen rund um die Schiedsfähigkeit von Kartellschadensersatzansprüchen, die in der Entscheidung des EuGH zur Rechtssache *CDC Hydrogen Peroxide* mündeten.<sup>11</sup>

Im Jahr 2015 hat das OLG München mit seiner *Pechstein*-Entscheidung eine weitere Möglichkeit der Überschneidung zwischen Kartellrecht und Schiedsverfahrensrecht aufgetan: Die Kontrolle der Schiedsvereinbarung am Maßstab des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots.<sup>12</sup> Während der mögliche Einfluss des Kartellverbots auch auf Schiedsvereinbarungen bereits seit längerem erkannt war<sup>13</sup>, hatte an das Missbrauchsverbot in Bezug auf die Schiedsvereinbarung bisher noch niemand so recht gedacht.<sup>14</sup>

Ausgangspunkt des Falls waren eigentlich gar nicht kartellrechtliche Probleme. In der Sache ging es um zwei bereits seit langem diskutierte Fragen. Erstens ging es um die Frage, ob und inwieweit das Fordern einer Schiedsvereinbarung in einer Situation starken Ungleichgewichts zwischen den Parteien zulässig ist. Zweitens um die Frage, wie sich die Vereinbarung eines strukturell nicht ganz unabhängigen Gerichts auswirkt. Dies waren schon immer Fragen des Schieds-

<sup>8</sup> Esser, in: FS Schroeder, S. 249, 251; Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 19 Rn. 211. S. bspw. BGH, Beschl. v. 23.06.2020 – KVR 69/19 – *Facebook II*, NZKart 2020, 473; BGH, Urt. v. 07.06.2016 – KZR 6/15 – *Pechstein*, NJW 2016, 2266; BGH, Urt. v. 24.01.2017 – KZR 2/15 – *Kabelanlagen*, NZKart 2017, 198; BGH, Urt. v. 24.01.2017 – KZR 47/14 – *VBL-Gegenwert II*, NZKart 2017, 242.

<sup>9</sup> BKartA, Pressemitteilung: Bundeskartellamt untersagt Facebook die Zusammenführung von Nutzerdaten aus verschiedenen Quellen; BKartA, Hintergrundinformationen zur Entscheidung im Facebook-Verfahren; BKartA, Fallbericht zur Entscheidung im Facebook-Verfahren; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 26.08.2019 – VI-Kart 1/19 (V) – *Facebook I*, BeckRS 2019, 18837. Nunmehr auch BGH, Beschl. v. 23.06.2020 – KVR 69/19 – *Facebook II*, NZKart 2020, 473.

<sup>10</sup> Geradin, Public Policy and Breach of Competition Law in International Arbitration, verfügbar auf SSRN, S. 2; Motyka-Mojkowski/Kleiner, JECLAP 2017, 457, 462.

<sup>11</sup> EuGH, Urt. v. 21.05.2015 – Rs. C-352/13 – *CDC Hydrogen Peroxide*, ECLI:EU:C:2015:335; LG Dortmund, Urt. v. 13.09.2017 – 8 O 30/16 (Kart), NZKart 2017, 604. Vgl. unten Kapitel 4 bei Fn. 495.

<sup>12</sup> OLG München, Urt. v. 15.01.2015 – U 1110/14 Kart – *Pechstein*, SchiedsVZ 2015, 40.

<sup>13</sup> Ausführlich bspw. Sachslehner, Schiedsvereinbarungen in wettbewerbsbeschränkenden Verträgen, S. 54 ff.

<sup>14</sup> Heermann, SchiedsVZ 2015, 78, 81.

verfahrensrechts, die verfassungsrechtlich intendiert waren. Ein neues Maß an Komplexität haben die Fragen durch die Erkenntnis des OLG München bekommen, dass auch das Kartellrecht mit seinem Missbrauchsverbot gewillt sein könnte, sie zu beantworten. Denn zu den zuvor tangierten zwei Regelungsbereichen des Schiedsverfahrens- und des Verfassungsrechts, die es zu vereinbaren galt, trat – neben dem Sportrecht – das Kartellrecht hinzu. Die Komplexität lässt sich durch die Anwendbarkeit mehrerer nationaler Rechtsordnungen noch weiter steigern.

Der Fall *Pechstein* hat nicht nur in der Öffentlichkeit, sondern gerade auch im juristischen Schriftum ein breites Echo hervorgerufen. Zahlreiche Stimmen haben sich zu den einzelnen Entscheidungen und den zugrundeliegenden Problemen geäußert.<sup>15</sup> Hierunter Schiedsverfahrensrechtler, Sportrechtler, Kartellrecht-

<sup>15</sup> Zur erstinstanzlichen Entscheidung u.a.: LG München I, Urt. v. 26.02.2014 – 37 O 28331/12 – *Pechstein*, SchiedsVZ 2014, 100; *Adolphsen*, Legal Tribune ONLINE vom 28.02.2014; *Duve/Rösch*, SchiedsVZ 2014, 216; *Handschin/Schütz*, SpuRt 2014, 179; *Heermann*, SchiedsVZ 2014, 66; *Monheim*, SpuRt 2014, 90; *Niedermaier*, SchiedsVZ 2014, 280; *Orth*, NJW 2014, 14; *Pfeiffer*, SchiedsVZ 2014, 161; *Schulze*, SpuRt 2014, 139.

Zur Berufungsentscheidung u.a.: OLG München, Urt. v. 15.01.2015 – U 1110/14 Kart – *Pechstein*, SchiedsVZ 2015, 40; *Bleistein/Degenhart*, NJW 2015, 1353; *Brandner/Kläger*, SchiedsVZ 2015, 112; *Duval/van Rompuj*, The compatibility of forced CAS arbitration with EU competition law, verfügbar auf SSRN; *Duve/Rösch*, SchiedsVZ 2015, 69; *Eckel/Richter*, WuW 2015, 1078; *Eckert/Wisser*, causa sport 2015, 238; *Haus/Heitzer*, NZKart 2015, 181; *Heermann*, SchiedsVZ 2015, 78; *Heermann*, WRP 2015, 1047; *Heermann*, WRP 2015, 1172; *Heermann*, WRP 2015, 1288; *Heermann*, JZ 2015, 362; *Kluth*, GWR 2015, 83; *Lehner*, causa sport 2015, 130; *Nordmann/Förster*, WRP 2016, 312; *Paulsson*, SchiedsVZ 2015, 263; *Rombach*, SchiedsVZ 2015, 105; *Roth*, DisputeResolution Magazin vom 18.03.2015; *Scherrer/Muresan/Ludwig*, SchiedsVZ 2015, 161; *Schlosser*, SchiedsVZ 2015, 257; *Stancke*, SpuRt 2015, 46; *Voser/Mamane/Boehm*, Kluwer Arbitration Blog vom 22.01.2015; *Weyer*, IBR 2015, 1079; *Zimmermann*, ZWeR 2016, 66.

Zur Revisionsentscheidung u.a.: BGH, Urt. v. 07.06.2016 – KZR 6/15 – *Pechstein*, NJW 2016, 2266; *Adolphsen*, Legal Tribune ONLINE vom 07.06.2016; *Bunte*, WuW 2016, 366; *Bunte*, EWiR 2016, 415; *Duve*, BB 2016, Heft 26 I.; *Haus*, NZKart 2016, 366; *Heermann*, sport-recht.org vom 31.05.2016; *Heermann*, WRP 2016, 1022; *Heermann*, Iurratio 2016, 94; *Heermann*, NJW 2016, 2224; *Kröll*, npoR 2016, 275; *Lambertz*, jM 2016, 316; *Longrée/Putzier*, MDR 2019, 391; *Longrée/Wedel*, SchiedsVZ 2016, 237; *Michaelis*, SchiedsVZ 2019, 331; *Morgenroth*, ZStV 2016, 207; *Motyka-Mojkowski/Kleiner*, JECLAP 2017, 457; *Niedermaier*, in: *Grundei/Karollus*, Berufssportrecht VIII, S. 25; *Orth*, ZWeR 2018, 382; *Podszun*, JZ 2017, 208; *Prietting*, SpuRt 2016, 143; *Reinholz*, HÄRTING.sport vom 07.06.2016; *Rombach*, SchiedsVZ 2016, 276; *Thorn/Lasthaus*, IPRax 2016, 426; *Wolf/Eslami*, in: *FS Geimer*, S. 807.

Zur Entscheidung des EGMR bspw.: *Blandfort*, SchiedsVZ 2019, 120.

Im Vorgriff auf die Entscheidung des BVerfG (dort anhängig unter Az. 1 BvR 2103/16) bspw.: *Thöne*, SchiedsVZ 2020, 176.

Monografien u.a.: *Brunk*, Der Sportler und die institutionelle Sportschiedsgerichtsbarkeit; *Hülskötter*, Die (Un-)Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen im Berufssport; *Jahnke*, Die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen der Schiedsgerichtsbarkeit; *Steinitz*, Die Notwendigkeit der Umgestaltung Deutscher Sportschiedsgerichtsbarkeit; *Widdascheck*, Der Justizgewährleistungsanspruch des Dopingsünders.