

Rüdiger Morbach

Der kartellrechtliche ordre public in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit



Nomos

Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik

herausgegeben von
Prof. Dr. Florian Bien
Prof. Dr. Ulrich Schwalbe
Prof. Dr. Heike Schweitzer

begründet von
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ernst-Joachim Mestmäcker

Band 309

Rüdiger Morbach

Der kartellrechtliche ordre public in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Würzburg/Paris, Julius-Maximilians-Universität/Université Panthéon-Assas, Diss., 2021

ISBN 978-3-8487-8684-8 (Print)

ISBN 978-3-7489-3078-5 (ePDF)

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist im Rahmen eines Cotutelle-Promotionsverfahrens zwischen der Graduate School of Law, Economics, and Society der Julius-Maximilians-Universität Würzburg (GSLES) und der Université Paris II Panthéon-Assas entstanden und wurde von beiden Fakultäten im Sommer 2021 als Dissertation angenommen. Sie wurde am 16. Juli 2021 in Würzburg vor einer Jury de thèse, bestehend aus Prof. Dr. Florian Bien, Prof. Dr. Louis d'Avout, Prof. Dr. Isabelle Després und Prof. Dr. Wolfgang Wurmnest, verteidigt. Allen Jurymitgliedern danke ich herzlich dafür, dass sie dies möglich gemacht haben.

In Würzburg gilt mein größter Dank meinem deutschen Doktorvater Prof. Dr. Florian Bien, dem ich nicht nur den Themenvorschlag und das Erstgutachten verdanke, sondern auch die wunderbare und prägende Zeit, die ich als wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl für Globales Wirtschaftsrecht, internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Bürgerliches Recht verbringen durfte. Sein Enthusiasmus und sein guter Rat haben mich zu diesem Dissertationsvorhaben ermutigt und dabei stets begleitet. Meinen Würzburger Kolleginnen und Kollegen, genannt seien hier stellvertretend für alle Dr. Björn Becker, Moritz Fischer, Argyro Triantafyllou und Markus Welzenbach, verdanke ich ebenfalls mehr als nur gute Ratschläge.

Du côté français, je remercie mon directeur de thèse français, le Professeur Louis d'Avout, d'avoir accepté sans hésitation de diriger mon projet de thèse et d'avoir accompagné le cours de mon doctorat avec son aide et sa bienveillance, ainsi que pour la rédaction du deuxième rapport. Je tiens également à remercier le Professeur Cécile Chainais pour m'avoir invité au Centre de recherche sur la justice et le règlement des conflits (CRJ) à Paris, où je pouvais passer autant des bonnes heures au sein de son équipe internationale. Parmi cette équipe je remercie notamment mes collègues arbitragistes Eloïse Glucksmann et Sebastián Partida, Docteur en droit.

Während meiner Promotion wurde ich von der Deutsch-Französischen Hochschule (DFH) gefördert, der ich für die Unterstützung danke. Ebenso danke ich allen Schiedsrichterinnen und Schiedsrichtern, deren Auskünfte mein Dissertationsvorhaben weitergebracht haben.

Meinen Vorbildern und Mitstreitern Dr. Björn Ebert, Johannes Graf von Luckner, Dr. Sarah Keller und Dr. Philip Retzbach danke ich herzlich für

Vorwort

ihren wertvollen Rat und Beistand in allen Lagen meines Promotionsverfahrens. Ohne sie hätte ich mich nicht an dieses Projekt gewagt, geschweige denn es vollendet. Dasselbe gilt für meine Eltern und meine Brüder, die mich mit ihren jeweiligen Fähigkeiten und Fertigkeiten unterstützt und damit erheblich zum Gelingen dieses Projekts beigetragen haben. Dafür bin ich ihnen sehr dankbar und dafür ist ihnen diese Arbeit gewidmet.

Rom, im September 2021

Rüdiger Morbach

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	15
Einleitung	23
I. Fragestellung	26
II. Untersuchung	28
1. Quellen	28
2. Untersuchungsgegenstand	32
3. Gang der Untersuchung	36
Erstes Kapitel: Kartellrecht in der Schiedsgerichtsbarkeit	37
I. Grundlagen	37
1. Der Grundkonflikt zwischen Kartellrecht und Schiedsgerichtsbarkeit - von Privatautonomie und staatlichem Ordnungsinteresse	37
2. Der ordre public in der Schiedsgerichtsbarkeit als Vehikel des staatlichen Ordnungsinteresses	38
a) Herkunft des ordre-public-Begriffs	39
b) Definition des ordre public	42
aa) Territoriale Ausrichtung des ordre public	44
bb) Ausrichtung auf staatliche Gerichte	45
cc) Ausnahmecharakter	47
dd) Arbeitsdefinition des ordre public	48
c) Prinzip der <i>non-révision au fond</i>	49
d) Ordre public als Mittel zur Durchsetzung staatlicher Interessen	50
II. Aufeinandertreffen von Kartellrecht und Schiedsgerichtsbarkeit	54
1. Gemeinsame Wurzeln und ihre Entwicklung	55
2. Schiedsgerichtsbarkeit in kartellrechtlichen Verfahren	59
a) Verfahren zwischen privaten Parteien	59
b) Verfahren mit Beteiligung von Wettbewerbsbehörden	60

3. Kartellrecht als prozessualer Einwand gegen ein Schiedsverfahren	65
a) Objektive Schiedsfähigkeit kartellrechtlicher Streitigkeiten	67
aa) Verhältnis zwischen objektiver Schiedsfähigkeit und <i>ordre public</i>	67
bb) Anerkennung der objektiven Schiedsfähigkeit von Kartellrechtsstreitigkeiten	72
cc) Einschränkung der objektiven Schiedsfähigkeit zur Herstellung von Kartellrechtskonformität	75
b) Nichtigkeit der Schiedsvereinbarung in einem Kartellrechtsstreit	78
aa) Schiedsklauseln in kartellrechtswidrigen Verträgen	80
bb) Wegen eines Kartellrechtsverstoßes nichtige Schiedsvereinbarungen	82
cc) Schiedsvereinbarungen, die die Kartellrechtsdurchsetzung behindern	88
(1) <i>Effective vindication doctrine</i>	88
(2) <i>Effet utile</i>	90
(3) Drohende Verfahrenszersplitterung – Der Fall <i>Labinal/Mors</i>	93
dd) <i>Prima-facie</i> -Überprüfung der Schiedsvereinbarung auf ihre Nichtigkeit	96
ee) Zwischenergebnis	97
c) Erstreckung der Schiedsvereinbarung auf kartellrechtliche Sachverhalte	98
aa) Beispiele aus der Rechtsprechung	102
bb) Unterschiede zwischen Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen	105
cc) <i>Treble damages</i>	106
dd) Absichtlicher Ausschluss kartellrechtlicher Ansprüche	108
4. Kartellrecht als materielles Recht im Schiedsverfahren	109
a) Abwehrmittel gegen erhobenen Anspruch (defensiver Einsatz)	109
b) Begründung eines eigenen Anspruchs (offensiver Einsatz)	112

c) <i>Ex-officio</i> -Anwendung des Schiedsgerichts	114
aa) Anwendungsrecht des Schiedsgerichts gegen den Willen der Parteien	115
(1) Bestehen und Rechtsgrundlage eines Anwendungsrechts	115
(2) Anwendungsrecht und <i>ne-ultra-petita</i> -Grundsatz	118
(3) Anwendungsrecht von Kartellrechtsnormen außerhalb der <i>lex causae</i>	121
(4) Zwischenergebnis	127
bb) Anwendungspflicht des Schiedsgerichts	128
(1) Bestehen einer Anwendungspflicht	128
α) Der Fall <i>Eco Swiss</i> und die Anwendungspflicht	129
β) Mögliche Rechtsgrundlagen der Anwendungspflicht	132
(2) Reichweite der Anwendungspflicht	136
(3) Folgen der Verletzung der Anwendungspflicht	140
cc) Ergebnis	144
5. Kartellrecht als Anerkennungs- und Vollstreckungshindernis eines Schiedsspruchs	145
 Zweites Kapitel: Der kartellrechtliche ordre public in der Schiedsgerichtsbarkeit	 147
I. Der kartellrechtliche ordre public in der Schiedsgerichtsbarkeit und mögliche Formen seines Auftretens	147
1. Der Begriff des kartellrechtlichen ordre public	147
2. Quellen des kartellrechtlichen ordre public	149
a) Rechtsnormen	149
b) <i>Soft law</i>	151
3. Verschiedene Formen des Auftretens des kartellrechtlichen ordre public	155
a) Kartellrechtliche Eingriffsnorm als vorkollisionsrechtlicher ordre public	156
aa) Das Verhältnis von ordre public und Eingriffsnorm	156
bb) Kartellrechtsnormen als Eingriffsnormen	159
cc) Konflikte zwischen kartellrechtlichen Eingriffsnormen und kartellrechtlichem ordre public	160
b) Kartellrechtlicher ordre public als kollisionsrechtlicher ordre public	161

c)	Kartellrechtlicher ordre public als verfahrensrechtlicher ordre public	162
aa)	<i>Manifest disregard of the law</i>	162
bb)	Nichtbeachtung der <i>res-judicata</i> -Wirkung	165
cc)	Abgrenzung zum materiellrechtlichen ordre public	167
d)	Kartellrechtlicher ordre public als materiellrechtlicher ordre public	168
aa)	Ansätze zur Bestimmung einer kartellrechtlichen ordre-public-Norm	169
(1)	Ansätze in Literatur und Rechtsprechung	170
(2)	Eigener Handlungsvorschlag	173
bb)	Materielle Normen des kartellrechtlichen ordre public	176
(1)	Kartellverbot	176
(2)	Missbrauchsverbot	178
(3)	Fusionskontrolle	179
(4)	Sonstige Kartellrechtsnormen	180
cc)	Zwischenergebnis	181
e)	Kartellrechtlicher ordre public als anerkennungsrechtlicher ordre public	182
f)	Weitere abzugrenzende ordre-public-Begriffe	183
aa)	Ordre public interne und ordre public international	183
bb)	Ordre public international und ordre public transnational	187
cc)	Weitere Untergruppen in der französischsprachigen Literatur	187
g)	Zwischenergebnis	188
II.	Verschiedene örtliche kartellrechtliche ordres publics	188
1.	Nationale ordres publics	189
a)	Ordre public des Vollstreckungsorts	189
b)	Ordre public des Schiedsorts	190
c)	Ordre public eines dritten Staates	190
aa)	Fremdes Kartellrecht im eigenen ordre public: Der Fall <i>Terra Armata</i>	192
bb)	Maßstäbe für die Berücksichtigung fremden Kartellrechts im eigenen ordre public	195
2.	Supra- und transnationaler ordre public	197
a)	Europäischer ordre public	198
b)	Transnationaler ordre public	202
aa)	Vorkommen	203

bb) Funktion	206
cc) Quellen	210
dd) „Weltkartellrecht“ – Inhalt eines kartellrechtlichen ordre public transnational	213
ee) Nutzbarmachen zur Rechtsvereinheitlichung	219
III. Konflikte mehrerer betroffener kartellrechtlicher ordres publics	223
1. Horizontale Konflikte mehrerer räumlicher ordres publics	224
a) Konflikt mehrerer ordres publics nach Art. V Nr. 2 lit. b NYC	224
b) Konflikt von ordres publics bei einem im Ursprungsstaat aufgehobenen Schiedsspruch	227
c) Lösungsansätze	230
2. Vertikaler Konflikt mehrerer Ebenen des ordre public	233
3. Temporaler Konflikt zeitlich betroffener ordres publics	235
 Drittes Kapitel: Gerichtliche Überprüfung von Schiedssprüchen auf eine Verletzung des kartellrechtlichen ordre public	 237
I. Grundsätze der gerichtlichen Kontrolle	239
1. <i>Pro-enforcement bias</i>	239
2. <i>Non-révision au fond</i>	240
a) Der Fall <i>Eiskonfekt</i>	241
b) Der Fall <i>SNF/Cytec</i>	241
c) <i>Non-révision au fond</i> und ordre-public-Kontrolle	246
II. Kontrolldichte	247
1. Gegenstand der gerichtlichen Überprüfung (Kontrollgegenstand)	249
a) Unbeschränkter Kontrollgegenstand	249
b) Beschränkter Kontrollgegenstand	251
aa) Abstufungen beschränkter rechtlicher und tatsächlicher Überprüfung	251
(1) Entwicklung der deutschen Rechtsprechung	252
(2) Entwicklung der französischen Rechtsprechung	254
bb) Beschränkungen der rechtlichen Überprüfung	257
(1) Beschränkt auf den Tenor des Schiedsspruchs	257
(2) Beschränkt auf das Ergebnis der Durchsetzung des Schiedsspruchs	258
α) Verurteilung einer Partei zu einer kartellrechtlich verbotenen Handlung	259

β)	Verurteilung einer Partei zu einer wettbewerbsschädlichen und funktional wettbewerbswidrigen Handlung	260
γ)	Verurteilung einer Partei auf Grundlage eines kartellrechtswidrigen Vertrags	260
(3)	Zwischenergebnis	266
cc)	Beschränkungen der tatsächlichen Überprüfung	267
(1)	Überprüfung tatsächlicher Feststellungen	267
(2)	Neuerhebung von Tatsachen	268
c)	Variabler Kontrollgegenstand	269
2.	Maßstab der gerichtlichen Überprüfung (Kontrollmaßstab)	273
a)	Maximaler Kontrollmaßstab (<i>maximalist approach</i>)	274
b)	Minimaler Kontrollmaßstab (<i>minimalist approach</i>)	277
aa)	USA: Der Fall <i>Baxter/Abbott</i>	279
bb)	Frankreich: „violation flagrante, effective et concrète“	281
(1)	Der Fall <i>Thalès/Euromissile</i>	282
(2)	Rezeption in der internationalen Literatur	283
(3)	Vereinbarkeit mit dem <i>effet utile</i> – Der Fall <i>Genentech</i>	284
(4)	Folgeentwicklungen in der französischen Rechtsprechung	286
c)	Vermittelnde Lösungen (<i>middle way</i>)	288
d)	Variabler Kontrollmaßstab	291
aa)	Ansätze in Literatur und Rechtsprechung	291
bb)	Eigener Ansatz für die Gestaltung eines variablen Kontrollmaßstabs	294
3.	Sonstige Kontrollfaktoren und -beschränkungen	296
a)	<i>Waiver</i>	296
b)	Präklusion	299
c)	Inlandsbezug	303
d)	<i>De-minimis</i> -Schwelle	306
III.	Einfluss von Parallelverfahren	307
1.	Bindungswirkung wettbewerbsbehördlicher Entscheidungen für das staatliche Gericht	308
a)	Rechtliche Bindungswirkung	308
b)	Faktische Bindungswirkung	311
2.	Bindungswirkung wettbewerbsbehördlicher Entscheidungen für das Schiedsgericht	311
a)	Rechtliche Bindungswirkung	312
b)	Faktische Bindungswirkung	314

3. Bindungswirkung eines Gerichtsurteils für das Schiedsgericht	318
4. Bindungswirkung eines Schiedsspruchs für die Entscheidung der Wettbewerbsbehörde	318
IV. Gerichtliche Gestaltungsmöglichkeiten bei Verletzung des ordre public	320
1. Verweigerung der Vollstreckbarerklärung	320
2. Vollständige und teilweise Nichtanerkennung	321
3. Rückverweisung an Schiedsgericht	321
a) Inländische Schiedssprüche	322
b) Ausländische Schiedssprüche	324
Viertes Kapitel: Vermeidung eines Verstoßes gegen den kartellrechtlichen ordre public	327
I. Maßnahmen des Schiedsgerichts	327
1. Zusammenarbeit mit Gerichten	328
2. Zusammenarbeit mit Wettbewerbsbehörden	329
a) Europäische Kommission	331
b) Nationale Wettbewerbsbehörden	337
3. Verfahrensgestaltung	338
a) Aussetzen des Verfahrens	339
b) Interne Überprüfung des Schiedsspruchs	340
4. Redaktion des Schiedsspruchs	342
II. Maßnahmen der Parteien	344
1. Wahl zwischen Schiedsgericht und staatlichem Gericht	344
a) Möglichkeiten der Sachverhaltsermittlung	345
b) Kartellrechtskompetenz von Schiedsgerichten	347
2. Wahl der Schiedsrichterinnen	349
3. Redaktion der Schiedsvereinbarung	351
Schluss	355
I. Ergebnisse	355
II. Zusammenfassung	362
Annex – Schiedsrichterstudie	367

Inhaltsverzeichnis

Quellenverzeichnis	371
Literatur	371
Rechtsprechung	403
Behördenentscheidungen	417
Weitere Materialien	418
Register	421

Abkürzungsverzeichnis

AAA	American Arbitration Association
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AIAJ	Asian International Arbitration Journal
AJP/PJA	Allgemeine Juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle
All ER	All England Law Reports
Am. Rev. Int'l. Arb.	American Review of International Arbitration
Arb. Int.	Arbitration International
Arbitration	Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management
ARIA	The American Review of International Arbitration
ASA Bull.	ASA Bulletin
Aufl.	Auflage
AUILR	American University International Law Review
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters
BB	Der Betriebs-Berater
Bd.	Band
BeckOGK-EGBGB	Beck-online Großkommentar EGBGB, siehe <i>Budzikiewicz, Christine</i>
Begr.	Begründer
Beschl.	Beschluss
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
Bing	Bingham's Common Pleas Reports
BIT	Bilateral Investment Treaty, bilaterales Investitionsabkommen
BJIL	Brooklyn Journal of International Law

Abkürzungsverzeichnis

Brüssel-I-VO	Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. L 12 v. 16.1.2001, S. 1-23
Brüssel-Ia-VO	Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. L 351 v. 20.12.2012, S. 1-31
Brüssel-IIa-VO	Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates vom 27. November 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung, ABl. L 338 v. 23.12.2003, S. 1-29
BSK Kartellgesetz	Basler Kommentar zum Kartellgesetz, siehe <i>Amstutz, Marc</i>
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle
C.L.C.	Commercial Law Cases
Cal. App. 2d	California Appellate Reports
CAS	Court of Arbitration for Sport, Lausanne
CEPANI	Centre belge pour l'étude et la pratique de l'arbitrage national et international, Belgische Schiedsinstitution
CETA	Comprehensive Economic and Trade Agreement, Wirtschafts- und Handelsabkommen EU-Kanada
Ch. civ.	Chambre civile, Zivilkammer
Ch. crim.	Chambre criminelle, Strafkammer
Ch. com.	Chambre commerciale, Kammer für Handelssachen
Ch. supp.	Chambre supplémentaire, Ergänzungskammer
Cir.	Circuit, US-Gerichtsbezirk
Co. Rep.	Coke's King's Bench Reports
CPC	Code de procédure civile (Frankreich)
CPLD	Competition Law & Policy Debate
D.	Recueil Dalloz
DIS	Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V.
DNotZ	Deutsche Notarzeitschrift
E. L. Rev.	European Law Review

DoJ	Department of Justice, Kurzform für die Kartellabteilung „Antitrust Division“ des US-amerikanischen Justizministeriums
E.C.C.	European Commercial Cases
E.C.L.R.	European Competition Law Review
EBLR	European Business Law Review
EBOR	European Business Organization Law Review
ECICA	European Convention on International Commercial Arbitration, Europäische Übereinkommen über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom 21. April 1961
ECN	European Competition Network, Netzwerk europäischer Wettbewerbsbehörden
EG	Europäische Gemeinschaft, zugleich Abkürzung für den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in seiner Fassung nach dem Vertrag von Amsterdam (1997-2009)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in seiner Fassung vor dem Vertrag von Amsterdam (1992-1997)
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EUV	Vertrag über die Europäische Union (2009)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EVÜ	Übereinkommen von Rom über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19. Juni 1980
EWHC	High Court of Justice of England and Wales
Fasc.	Fascicule, Heft
F.2d/F.3d	Federal Reporter, 2nd/3rd Series
F.Supp.	Federal Supplement
FAA	Federal Arbitration Act (USA)
FIFA	Fédération Internationale de Football Association, Weltfußballverband
FIW	Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb

Abkürzungsverzeichnis

FK-KartR	Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, siehe <i>Jaeger, Wolfgang</i>
FKVO	Verordnung Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (Fusionskontrollverordnung), ABl. L 24 v. 20.1.2004, S. 1-22
FRAND	„Fair, reasonable and non-discriminatory“, Bedingungen für die Einräumung von Lizenzen für standardessentielle Patente
FS	Festschrift
FTC	Federal Trade Commission, US-amerikanische Wettbewerbsbehörde
G.C.L.R.	Global Competition Litigation Review
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GD	Generaldirektion, Fachabteilung innerhalb der Europäischen Kommission
GG	Grundgesetz
GJICL	Georgia Journal of International and Comparative Law
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht - Internationaler Teil
HKIAC	Hong Kong International Arbitration Centre
HKLJ	Hong Kong Law Journal
HK-ZPO	Handkommentar-ZPO, siehe <i>Saenger, Ingo</i>
I.B.L.J.	International Business Law Journal
IBA	International Bar Association, Internationale Rechtsanwaltsvereinigung
ICC	Schiedsgerichtshof der Internationalen Handelskammer (International Chamber of Commerce), Paris
ICC Bulletin	ICC Dispute Resolution Bulletin
ICLQ	The International and Comparative Law Quarterly
ICN	International Competition Network
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
IHR	Internationales Handelsrecht
IIC	International Review of Intellectual Property and Competition Law
ILA	International Law Association

Int'l Arb. L. R.	International Arbitration Law Review
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPRG	Schweizer Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht
ISU	International Skating Union, Internationale Eislaufunion
JAMS	Judicial Arbitration and Mediation Services, Inc., US-amerikanische Schiedsinstitution
JCP G	La Semaine Juridique - Édition Générale
JDI	Journal du droit international (Clunet)
JDR	Ohio State Journal on Dispute Resolution
JECLAP	Journal of European Competition Law & Practice
JIntArb	Journal of International Arbitration
JO	Journal Officiel de la République Française, französisches Amtsblatt
JPrIL	Journal of Private International Law
JW	Juristische Wochenschrift
JWIT	The Journal of World Investment & Trade
Kartellgesetz	Schweizer Bundesgesetz über Kartelle und Wettbewerbsbeschränkungen vom 6.10.1995
KK-KartR	Kölner Kommentar zum Kartellrecht, siehe <i>Busche, Jan</i>
KTS	Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen
LG	Landgericht
lit.	<i>littera</i> , Buchstabe
Lloyd's Rep.	Lloyd's Law Reports
LMK	Kommentierte BGH-Rechtsprechung Lindenmaier-Möhring
LMRKM	Kartellrecht-Kommentar, siehe <i>Loewenheim, Ulrich</i>
MelbJlIntLaw	Melbourne Journal of International Law
MünchKomm-BGB	Münchener Kommentar zum BGB, siehe <i>Säcker, Franz Jürgen</i>
MünchKomm-WettbR	Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, siehe <i>Säcker, Franz Jürgen</i>
MünchKomm-ZPO	Münchener Kommentar zur ZPO, siehe <i>Krüger, Wolfgang</i>
N.Y.2d	New York Reports
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift

Abkürzungsverzeichnis

NJW	Neue juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift - Rechtsprechungs-Report
NLR	Nebraska Law Review
NYC	New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958
NYLJ	New York Law Journal
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development, Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
OHADA	Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, Organisation zur Harmonisierung des Wirtschaftsrechts in Afrika
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
ÖZK	Österreichische Zeitschrift für Kartellrecht
P. WMS	Peere William's Reports
Q.B.	Law Reports, Queen's Bench Division
R.C.D.I.P.	Revue critique de droit international privé
R.I.D.C.	Revue internationale de droit comparé
R.I.D.E.	Revue internationale de droit économique
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RDC-TBH	Revue de Droit Commercial Belge - Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht
RdTW	Recht der Transportwirtschaft
Rép. com.	Répertoire de droit commercial Dalloz
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage
RG	Reichsgericht
RGBL	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Riv. dir. intern. priv. proc.	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft

RL 2014/104	Richtlinie 2014/104/EU über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union (Kartellschadensersatzrichtlinie), ABL. L 349 v. 26.11.2014, 1-19
Rom-I-VO	Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABL. L 177 v. 17.5.2008, S. 6-16
Rom-II-VO	Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II), ABL. L 199 v. 31.7.2007, S. 40-49
Rom-III-VO	Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 des Rates vom 20. Dezember 2010 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts, ABL. L 343 v. 29.12.2010, S. 10-16
Rom-IV-VO	Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses, ABL. L 201 v. 27.7.2008, S. 107-134
RTDciv.	Revue trimestrielle de droit civil
RTDcom.	Revue trimestrielle de droit commercial
S.Ct.	Supreme Court Reporter
S.D.N.Y.	District Court for the Southern District of New York
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren
SHK-Kartellgesetz	Stämpflis Handkommentar Kartellgesetz, siehe <i>Reich, Philippe</i>
SIAR	Stockholm International Arbitration Review
Sirey	Recueil Sirey
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des (Europäischen) Gerichtshofes und des (Europäischen) Gerichts Erster Instanz
SRIEL	Swiss Review of International and European Law
St. Rspr.	Ständige Rechtsprechung

Abkürzungsverzeichnis

TDM	Transnational Dispute Management
TTIP	Transatlantic Trade and Investment Partnership, Transatlantisches Freihandelsabkommen
U.S.	United States Reports
UKHL	United Kingdom House of Lords Decisions
UNCITRAL-ML	UNCITRAL-Modellgesetz (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006)
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
Urt.	Urteil
Vertikal-GVO	Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen
VO 17/62	Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrags, ABl Nr. 013 vom 21.2.1962, S. 204-211
VO 1/2003	Verordnung Nr. 1/2003/EG zur Durchführung der in den Art. 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. L 1 v. 16.12.2002, S. 1-25
wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter - Zeitschrift für österreichisches und europäisches Wirtschaftsrecht
WEKO	Schweizerische Bundeswettbewerbsbehörde
WIPO	Schiedsgericht der Weltorganisation für geistiges Eigentum (World Intellectual Property Organisation)
WiRO	Wirtschaft und Recht in Osteuropa
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WTO	World Trade Organization, Welthandelsorganisation
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZVertriebsR	Zeitschrift für Vertriebsrecht
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Einleitung

„Für [...] Kartelle ist die Schiedsklausel überhaupt die wichtigste juristische Vertragsklausel. Von ihrer geschickten Formulierung hängt es ab, ob es gelingt, die vertraglichen Beziehungen der Parteien der Judikatur der örtlichen Gerichte zu entziehen [...]. Die Tendenz der Einsetzung der Schiedsgerichte ist also bei den Kartellen gekennzeichnet durch den Ruf ‚Los vom Gesetzesrecht!‘“¹

„Et, c'est ce que prétend traduire la notion de ‚ordre public‘, qui tient une place encore si considérable dans l'ensemble de notre droit français [...] Quand le juriconsulte en doit faire usage, [...] il est, en réalité, abandonné à son tact et à son flair, qu'il exerce, dans chaque cas particulier, en s'inspirant presque exclusivement du but même proposé à sa recherche. Ces mots sonores ‚ordre public‘ restent à l'état d'enveloppe vide.“²

Kaum ein rechtliches Spezialgebiet ist in der Öffentlichkeit so präsent wie das Kartellrecht. Regelmäßig finden Kartellermittlungen, Kartellbußen und Fusionskontrollverfahren ihren Weg in die Schlagzeilen. Wettbewerbsbehörden verbreiten Pressemitteilungen zu laufenden Verfahren und veröffentlichen ihre Entscheidungen. Kartellrecht ist deshalb auch juristischen Laien ein Begriff, ungeachtet seiner Komplexität und seiner Interdisziplinarität an der Schnittstelle zwischen Recht und Ökonomie.

Etwas anderes gilt für die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit. Schiedsverfahren finden hinter verschlossenen Türen statt, Schiedssprüche werden nicht veröffentlicht. Der Zirkel derjenigen Personen, die von Parteien zur Durchführung großer internationaler Schiedsverfahren gewählt

1 Wolff, Die Rechtsgrundlagen der internationalen Kartelle, 1929, S. 158.

2 „Und das ist, was der Begriff ‚ordre public‘, der in unserem französischen Recht einen so bedeutenden Platz eingenommen hat, zu veranschaulichen vorgibt. Wenn ein Jurist ihn anwenden muss, bleibt ihm nichts übrig als sich auf seinen Tastsinn und sein Feingefühl zu verlassen, das er vor allem dazu einsetzt, um zu dem erhofften Ergebnis zu kommen. Der so wohlklingende ‚ordre public‘ bleibt dabei ein leerer Umschlag.“, Gény, Science et technique en droit privé positif, 1921, S. 482, Übersetzung durch den Verfasser.

werden, ist klein.³ Die Öffentlichkeit erfährt von Schiedsverfahren in der Regel nicht, es sei denn, eine Partei wendet sich an ein staatliches Gericht, um die Anerkennung, die Vollstreckung oder die Aufhebung des Schiedsspruchs zu erreichen, oder an eine Wettbewerbsbehörde, um diese zu einer Sachentscheidung zu veranlassen, die die Folgen des Schiedsspruchs zu ihren Gunsten faktisch abmildert oder beseitigt. Trifft das öffentliche Interesse an der Kartellrechtseinhaltung auf die Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens, führt dies zu einem Konflikt. Parteien eines solchen Schiedsverfahrens begleitet der Verdacht, dass sie das Schiedsverfahren bewusst gewählt haben, um Wettbewerbsverletzungen zu vertuschen oder sogar zu ermöglichen. Aufgrund der geringen Anzahl publizierter Schiedssprüche lässt sich dieser Verdacht auch nicht ohne weiteres widerlegen,⁴ was zum Nimbus des Klandestinen beiträgt.

Aber nicht nur in Bezug auf die Öffentlichkeit der Verfahren zeigt sich ein Kontrast zwischen beiden Rechtsgebieten. Treffen Kartellrecht und Schiedsgerichtsbarkeit aufeinander, kollidieren staatliches Ordnungsinteresse mit Privatautonomie, Allgemeininteresse mit Partikularinteressen, Territorialität mit Internationalität – oder, vereinfacht, Zwang mit Freiheit. Die Schiedsgerichtsbarkeit und ihr Fokus auf den Parteiwillen erschüttert das auf Regulierung und Rechtssicherheit bedachte Staatsgerüst,⁵ das sich im Kartellrecht deutlich abzeichnet. Hier prallen Gegensätze aufeinander, die stärker kaum sein könnten.⁶

3 Gelegentlich wurde deshalb auch von einem „Kartell“ der führenden Schiedsrichterinnen gesprochen, *Rogers*, *AUILR* 2005, 957, 960. Zur besseren Unterscheidung zwischen dem Amt des Schiedsgerichts und der Person, die dieses Amt ausübt, wird für die Person nachfolgend nur die weibliche Form „Schiedsrichterin“ verwendet. Zwar werden noch immer mehrheitlich Männer in Schiedsgerichte gewählt, der Anteil an Frauen steigt aber kontinuierlich, bei ICC-Schiedsgerichten lag er 2020 bei 23,4 Prozent, *ICC-Dispute Resolution Statistics 2020*, <https://iccwbo.org/publication/icc-dispute-resolution-statistics-2020> [10.9.2021], Zusendung per E-Mail auf Anfrage.

4 *Weigand*, *Arb. Int.* 1993, 249, 254.

5 „Die Schiedsgerichtsbarkeit stellt die Grundsätze in Frage, auf denen die westliche Gesellschaft unserer Zeit aufbaut“, („L'arbitrage met en effet en cause les principes mêmes sur lesquels est fondée la société dans le monde occidental à notre époque.“), *David*, *L'arbitrage dans le commerce international*, 1982, Rn. 57, Übersetzung durch den Verfasser.

6 *Wong* spricht von „Idiosynkrasie“ des Schiedsverfahrens zur Kartellrechtsdurchsetzung, *Wong*, *G.C.L.R.* 2016, 1, 3, *Radicati di Brozolo* von „Antagonie“, *Radicati di Brozolo*, *Cahiers de l'Arbitrage* 2010, 181, 193; *Abdelgawad* von „Antinomie“, *Abdelgawad*, *Arbitrage et droit de la concurrence*, 2001, Rn. 1050. „International ar-

Der Begriff „ordre public“, oder gleichbedeutend „public policy“⁷ und „öffentliche Ordnung“,⁸ stützt sich auf Art. V Nr. 2 lit. b des New Yorker Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche 1958 (nachfolgend „NYC“). Dieser sogenannte „ordre-public-Vorbehalt“ ermöglicht es dem staatlichen Gericht, die Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen Schiedsspruchs zu verweigern, zu der es nach Art. III NYC eigentlich verpflichtet wäre. Damit kommt er *a priori* nur im Rahmen eines staatlichen Anerkennungs- und Vollstreckbarkeitsverfahren für einen im Ausland erlassenen Schiedsspruch zum Tragen. Viele Rechtsordnungen sehen aber einen Art. V Nr. 2 lit. b NYC ähnlichen ordre-public-Vorbehalt für im Inland erlassene Schiedssprüche vor,⁹ wegen dessen Verletzung der Schiedsspruch aufgehoben werden kann.¹⁰In beiden Fällen dient der ordre public als „Fluchtweg“ vor den Konsequenzen eigentlich zu vollstreckender Schiedssprüche,¹¹ welchen

bitration is cast as Hamlet to EC competition law's Polonius“, *Landolt*, Modernised EC Competition Law, 2006, XIII.

- 7 Dass die Begriffe „ordre public“ und „public policy“ deckungsgleich sind, wird bisweilen angezweifelt, *Meidanis*, E. L. Rev. 2005, 95, 98 f.; *Shen*, Rethinking the New York Convention, 2013, S. 232. Belegen lassen sich Unterschiede aber nicht, so werden die Begriffe auch in den englischsprachigen Fassungen von Art. 21 Rom I-VO und Art. 26 Rom II-VO synonym verwendet. *Lalive* beobachtet allerdings, dass der Begriff „public policy“ im Vergleich zu „ordre public“ seltener verwendet wird, *Lalive*, in: FS Pocar 2009, 599, 600.
- 8 MünchKomm-BGB/*von Hein*, Art. 6 EGBGB Rn. 7.
- 9 Im deutschen Recht § 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. b ZPO, im französischen Recht Art. 1492 Nr. 5 CPC, im Schweizer Recht Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG, im österreichischen Recht § 611 Abs. 2 Nrn. 5, 8 ZPO (hier getrennt nach verfahrensrechtlichem und materiellrechtlichem ordre public).
- 10 Die Aufhebung eines Schiedsspruchs ist nur am Schiedsort selbst möglich, *Blackaby/Partasides/Hunter u.a.*, Redfern and Hunter on International Arbitration, 6. Aufl. 2015, S. 577; *Schütze*, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 6. Aufl. 2016, Rn. 754. Selten verkennen Gerichte dies und heben ausländische Schiedssprüche auf, weil eine anderweitige Verknüpfung zum Gerichtsstaat besteht, so etwa Supreme Court of India, Urt. v. 10.1.2008 - Civil Appeal No. 309 of 2008 - *Venture Global Engineering/Satyam Computer Services*, dazu *Takahashi*, ARIA 2008, 173; diese Rechtsprechung wurde in Folge jedoch aufgegeben, Supreme Court of India, Urt. v. 6.9.2012 - Civil Appeal No. 6284 of 2005 - *Bharat Aluminium/Kaiser Aluminium*, Rn. 199. Ein weiteres Beispiel aus Venezuela findet sich bei *Timmins*, in: 40 under 40 International Arbitration, 2018, 425, 434 f. Das Reichsgericht erörterte dies in einem Urteil 1927 so ausführlich, dass sich die Frage stellt, ob die Aufhebung ausländischer Schiedssprüche vorher der gängigen Praxis entsprach, RG, Urt. v. 22.2.1927 - VI 410/26, RGZ 116, 193, 194.
- 11 „Public policy is essentially an escape route“, *Carter*, ICLQ 1993, 1.

sich alle Rechtsordnungen offen halten.¹² Wird der *ordre public* einem Schiedsspruch entgegengestellt, der Berührungspunkte mit einer Kartellrechtsordnung aufweist, schützt er diese Kartellrechtsordnung als kartellrechtlicher *ordre public*. Verletzt der Schiedsspruch den kartellrechtlichen *ordre public*, muss ihn das staatliche Gericht nicht vollstrecken und kann ihn, wenn er im Inland erlassen wurde, aufheben. Der kartellrechtliche *ordre public* dient damit als Sicherung gegen Kartellrechtsverletzungen in Schiedssprüchen.

I. Fragestellung

Wie bei jedem denkbaren Sicherungsmechanismus rechtlicher oder tatsächlicher Art drängt sich die Frage auf, ob die Sicherung in der Praxis funktioniert. Denkbar ist, dass es sich bei dem kartellrechtlichen *ordre public* um das Korrektiv handelt, das einen kartellrechtswidrigen Schiedsspruch wieder „zurück zum Gesetzesrecht“ führt.¹³ Es könnte sich aber auch um ein unwirksames Rechtsinstrument handeln, das es Staaten nicht erlaubt, eine Umgehung ihrer Kartellrechtsvorschriften durch die Schiedsparteien zu verhindern.

Die Beantwortung dieser Frage ist von Bedeutung, weil die Schiedsgerichtsbarkeit häufig im Verdacht steht, Kartellrechtsverletzungen der Parteien Vorschub zu leisten.¹⁴ Insbesondere Schiedsgerichte mit Schweizer Schiedsort haben den Ruf, Parteien bei der Umgehung von EU-Kartellrecht aktiv zu unterstützen.¹⁵

Diese Befürchtung illustriert eine Anekdote, die laut *Werner* in der GD-Wettbewerb der Europäischen Kommission kursierte. Danach hätten eine italienische und eine französische Partei einen gegen den heutigen Art. 101 AEUV verstoßenden Marktaufteilungsvertrag abgeschlossen, den sie in nur einer einzigen Ausfertigung in einem Schließfach in der Schweiz deponiert hatten. Sie gewährten dem über einen Streit entscheidenden Schweizer Schiedsgericht zwar Zugang zu diesem Schließfach, hielten es aber dazu an, im Schiedsspruch keine der kartellrechtswidrigen Provisio-

12 *Caprasse*, in: *Colloque de Dijon 2013*, 115.

13 Siehe Eingangszitat, S. 23 Fn. 1.

14 *Steindorff*, *WuW* 1984, 189; *Idot*, in: *European Competition Law Annual 2001*, 307; *Ostendorf*, *SchiedsVZ* 2010, 234 ff.

15 *Baudenbacher*, in: *European Competition Law Annual 2001*, 341.

nen des Vertrags zu erwähnen, um die Durchsetzbarkeit in EG-Staaten nicht zu gefährden.¹⁶

Auch Schiedsparteien scheinen mitunter daran interessiert zu sein, die Kartellrechtsanwendung zu vermeiden. In einer vom Verfasser durchgeführten Studie gaben immerhin 12 Prozent der befragten Schiedsrichterinnen und Schiedsrichter an, schon einmal auf die ein oder andere Weise von den Schiedsparteien angehalten worden zu sein, kartellrechtliche Normen bei der Urteilsfindung außer Acht zu lassen.¹⁷

Selbst wenn man die Befürchtung, dass Schiedsgerichte Parteien zur Umgehung von Kartellrecht dienen könnten, für unangebracht hält¹⁸ oder eine Umgehung für praktisch ausgeschlossen¹⁹ und das Problem für überschätzt,²⁰ stellt sich doch die Frage, ob der kartellrechtliche *ordre public* eine solche Umgehung verhindert oder ob er ihr nicht im Weg steht.

Zwischen diesen beiden Polen sind viele Abstufungen möglich, die sich aus den Berührungspunkten des Schiedsverfahrens mit der jeweiligen Kartellrechtsordnung ergeben. Dabei ist zum einen zu berücksichtigen, dass der kartellrechtliche *ordre public* von internationalem Recht (der NYC) ebenso geprägt wird wie vom nationalen Recht des jeweiligen Staates und der Rechtsprechung seiner Gerichte, mithin von Recht- und Zweckmäßigkeitserwägungen, die in jedem Staat der Welt anders ausfallen können. Generelle Erwägungen zum kartellrechtlichen *ordre public* könnten sich damit schon von selbst verbieten. Zum anderen führt die richterrechtliche Prägung des Rechtsinstituts dazu, dass seiner Anwendung eine gewisse Beliebigkeit nachgesagt wird. So könnte es sich bei dem kartellrechtlichen *ordre public* mit *Gény* um einen „leeren Umschlag“ handeln, den Rechtsanwender immer mit dem Inhalt füllen, der ihren Zwecken dient,²¹ wenn alle übrigen Argumente versagen.²²

16 Werner, JIntArb 1995, 21, 23 f., zum damaligen Art. 85 EGV. *Gharavi* nannte diese Geschichte in Anbetracht des Zusammentreffens von Kartellrecht mit der Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens „wenig überraschend“, *Gharavi*, Arbitration 1997, 59, 65.

17 *Glucksmann/Morbach*, JIntArb 2020, 257, 265; siehe Annex, S. 370.

18 „Remote (if not entirely misplaced)“, *Blanke*, Arb. Int. 2016, 275, 284.

19 *Blessing*, JIntArb 1997, 23, 35; *Derains*, in: European Competition Law Annual 2001, 288, 289 f.

20 *Steindorff*, WuW 1984, 189, 196 f.

21 Siehe Eingangszitat, S. 23 Fn. 1.

22 „Ob Privatrechtler oder Öffentlichrechtler, ob Gesetzgeber oder Richter, ob Praktiker oder Theoretiker, ob früher oder heute, wann immer sie in Verlegenheit geraten, berufen sie sich auf diesen berühmten *ordre public*.“ („Privatistes et publicistes, législateurs et juges, praticiens et théoriciens, anciens et modernes,

Ob dies zutrifft, muss ebenfalls festgestellt werden. Dürften Gerichte einen Schiedsspruch mit Kartellrechtsbezug in einem Fall aufheben, in einem ähnlich gelagerten und nicht minder wettbewerbsschädlichen Fall aber nicht, würde dies die Eignung des kartellrechtlichen ordre public als Sicherungsmechanismus in Frage stellen, zeichnen sich wirksame Sicherungen doch gerade durch ihre vorhersehbare Zuverlässigkeit aus.

Um die Wirksamkeit des kartellrechtlichen ordre public bewerten zu können, muss dieser in seiner Funktionsweise untersucht werden. Dies betrifft allgemein seine Rechtsnatur und seine Stellung zwischen Schiedsgerichtsbarkeit und Kartellrecht, zwischen Schiedsverfahren und staatlichem Gerichtsverfahren. Es betrifft die verschiedenen Formen, in denen er betroffen sein kann und die Quellen, aus denen er sich speist. Es betrifft aber auch die verschiedenen Parameter, die sein Eingreifen und damit den Ausgang der ordre-public-Kontrolle, also die Vollstreckbarkeit oder Nichtvollstreckbarkeit des Schiedsspruches, beeinflussen. Diese Parameter bestimmen, welche Bestandteile eines Schiedsspruchs ein staatliches Gericht auf eine Verletzung des kartellrechtlichen ordre public untersucht und welche Kartellrechtsverstöße es mit der Nichtanerkennung des Schiedsspruchs sanktioniert. Ein Verständnis dieser Parameter und ihrer Festlegung durch das den Schiedsspruch überprüfende staatliche Gericht im konkreten Fall ermöglicht es festzustellen, ob und unter welchen Voraussetzungen die kartellrechtliche ordre-public-Kontrolle wirksam ist.

II. Untersuchung

1. Quellen

Einen ersten Anhaltspunkt für die Beantwortung dieser Frage könnten zum kartellrechtlichen ordre public ergangene Gerichtsentscheidungen bieten. Danach stellen staatliche Gerichte nur vereinzelt Verstöße gegen den kartellrechtlichen ordre public fest. Schon allgemein werden Schiedssprüche vor staatlichen Gerichten selten erfolgreich angegriffen.²³ Noch

dès qu'ils sont embarrassés, font appel à ce prestigieux ordre public"), *Malaurie*, *L'ordre public et le contrat*, 1953, S. 4, Übersetzung durch den Verfasser. Ähnlich *Court of Common Pleas*, Urt. v. 2.7.1824 - *Richardson/Mellish*, *Bing* 1824, 229, 252. An letzterer Stelle findet sich auch der vielzitierte Vergleich des ordre public mit einem widerspenstigen Pferd: „[...] it is a very unruly horse, and when once you get astride it you never know where it will carry you“.

²³ *Gaillard/Bermann*, *Guide NYC*, 2017, S. 305.

seltener beruht die Nichtanerkennung des Schiedsspruchs auf einer ordre-public-Verletzung.²⁴

Dies zeigt sich am Beispiel der Schweiz, in der das Schweizerische Bundesgericht die einzige Rechtsmittelinstanz für Schiedssprüche ist,²⁵ so dass die Rechtsprechung übersichtlich ist. Nach einer Erhebung von *Dasser* wurden in der Schweiz von 1989 bis 2005 von 221 angegriffenen Schiedssprüchen nur zwölf Schiedssprüche aufgehoben, keiner davon wegen eines ordre-public-Verstoßes.²⁶ Seitdem wurden, soweit anhand veröffentlichter Entscheidungen ersichtlich, nur drei Schiedssprüche des Internationalen Sportgerichtshofs (CAS) wegen Verletzung des internen ordre public gemäß Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG aufgehoben,²⁷ keiner davon wegen eines Verstoßes gegen den kartellrechtlichen ordre public.²⁸

Für Frankreich gestaltet sich eine solche Erhebung deshalb schwieriger, weil unterschiedliche Gerichte für Rechtsbehelfe gegen Schiedssprüche in Frage kommen,²⁹ mit der Cour de Cassation eine zweite Rechtsbehelfsinstanz besteht und die Zahl der angegriffenen Schiedssprüche, vielleicht aufgrund des Sitzes der ICC in Paris, deutlich höher ist.³⁰ *Crépin* untersuchte sämtliche Schiedssprüche, die von 1980 bis 1992 vor französischen

24 „In practice, public policy is often invoked, but seldom applied“, *Hess/Pfeiffer*, Public Policy Exception Study, 2011, S. 167. Dies ist schon schon bei der Anerkennung von den Urteilen staatlicher Gerichte der Fall, wo die Zahl erfolgreicher ordre-public-Einwände äußerst gering ist, *dies.*, Public Policy Exception Study, 2011, S. 49-51.

25 Art. 191 IPRG.

26 *Dasser*, ASA Bull. 2007, 444, 471.

27 BGer, Urte. v. 22.3.2007 - 4P.172/2006 - *Cañas*, BGE 133 III, 235; BGer, Urte. v. 13.4.2010 - 4A_490/2009, BGE 136 III, 345; BGer, Urte. v. 27.3.2012 - 4A_558/2011, BGE 138 III, 322 ff.

28 In einem weiteren Fall der Sportsschiedsgerichtsbarkeit berief sich eine Partei zumindest auf den kartellrechtlichen ordre public, scheiterte damit aber, BGer, Urte. v. 20.2.2018 - 4A_260/2017, BGE 144 III, 120, 131. Das Gericht bestätigte damit seine Rechtsprechung im Fall *Terra Armata*, dazu siehe unten S. 192.

29 Für interne Schiedsverfahren (Art. 1494 CPC) und internationale Schiedsverfahren mit Schiedsort Frankreich (Art. 1519 CPC) die Cour d'appel, in deren Bezirk der Schiedsspruch ergangen ist, für internationale Schiedsverfahren mit ausländischem Schiedsort die Cour d'appel de Paris (Artt. 1525, 1516 CPC).

30 Im Jahr 2020 war Frankreich mit Großbritannien (jeweils 80 neue Verfahren) nach der Schweiz (94 neue Verfahren) der meistgewählte Schiedsort für ICC-Schiedsverfahren, Deutschland wurde nur 14-mal von den Parteien gewählt, ICC-Dispute Resolution Statistics 2020, <https://iccwbo.org/publication/icc-dispute-resolution-statistics> [10.9.2021], Zusendung per E-Mail auf Anfrage. Der Queen-Mary-Studie 2018 zufolge ist Paris nach London der beliebteste Schiedsort weltweit, <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018> [10.9.2021].

Gerichten angegriffen wurden. In 671 Fällen wurden Schiedssprüche aus internationalen Schiedsverfahren in Frankreich angegriffen, 87 unter Behauptung eines ordre-public-Verstoßes, wovon aber nur sechs Schiedssprüche aufgehoben wurden,³¹ keiner davon wegen eines Verstoßes gegen den kartellrechtlichen ordre public.³² Seitdem wurde, soweit für den Verfasser ersichtlich, über eine Verletzung des kartellrechtlichen ordre public in nur acht Fällen entschieden und diese in allen acht Fällen rechtskräftig abgelehnt.³³

Auch in Deutschland kommen verschiedene Gerichte für Rechtsbehelfe gegen Schiedssprüche in Betracht,³⁴ diese sind aber im Vergleich zu französischen Gerichten deutlich seltener mit Schiedssprüchen befasst. Soweit für den Verfasser ersichtlich, wurden seit Gründung der Bundesrepublik Deutschland insgesamt elf Schiedssprüche mit Hinweis auf eine Verletzung des kartellrechtlichen ordre public angegriffen, in vier Fällen mit Erfolg,³⁵ in sieben Fällen erfolglos.³⁶

31 *Crépin*, Les sentences arbitrales devant le juge français, 1995, Rn. 456. Von 1900 bis 1960 nach *von Heymann* kein einziger, *von Heymann*, Der ordre public in der privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 1969, S. 206; von 1981 bis 1990 zwei, *Fouchard/Gaillard/Goldman*, Traité de l'arbitrage commercial international, 1996, Rn. 1662.

32 *E contrario Crépin*, Les sentences arbitrales devant le juge français, 1995, Rn. 464-472.

33 Cour d'appel de Paris, 1^{ère} ch. civ., Urt. v. 14.10.1993 - *Aplix/Velcro*, Rev. arb. 1994, 164; Cour de Cassation, ch. com., Urt. v. 14.2.1995 - 93-18178 - *Labinal/Mors*; Cour de Cassation, 1^{ère} ch. civ., Beschl. v. 5.1.1999 - 96-16746 - *Galalay/Fabricated Metals*, Rev. arb. 2001, 805; Cour d'appel de Paris, 1^{ère} ch. civ., Urt. v. 18.11.2004 - 2002/19606 - *Thalès/Euromissile*, JDI 2005, 357; Cour de Cassation, 1^{ère} ch. civ., Urt. v. 4.6.2008 - 06-15320 - *SNF/Cytec*, Bull. civ. 6 N° 162, 2008, 139; Cour d'appel de Paris, ch. 1-1, Urt. v. 22.10.20099 - 08/21022 - *Linde/Halvourgiki*, Rev. arb. 2010, 124; Cour d'appel de Paris, ch. 1-1, Urt. v. 26.9.2017 - 16/15338.

34 Nach § 1062 Abs. 1 Nr. 4 ZPO ist das OLG im Bezirk des Schiedsortes zuständig. Bei ausländischem Schiedsort stehen nach § 1062 Abs. 2 ZPO verschiedene Anknüpfungsmöglichkeiten bereit, hilfsweise ist das KG Berlin zuständig. Gegen die ergangene Entscheidung kann Rechtsbeschwerde zum BGH eingelegt werden, § 1065 Abs. 1 S. 1 ZPO.

35 OLG Celle, Urt. v. 1.11.1957 - 11 U 78/57, BB 1958, 1107 f.; BGH, Urt. v. 23.4.1959 - VII ZR 2/58 - *Flugplatz*, NJW 1959, 1438; BGH, Urt. v. 25.10.1966 - KZR 7/65 - *Schweißbolzen*, GRUR 1967, 378; BGH, Urt. v. 27.2.1969 - KZR 3/68 - *Fruchtsäfte*, GRUR 1969, 501.

36 BGH, Urt. v. 31.5.1972 - KZR 43/71 - *Eiskonfekt*, GRUR 1973, 97; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.7.2004 - VI-Sch (Kart) 1/02 - *Wärmetauscher*, WuW 2006, 281; OLG Dresden, Beschl. v. 20.4.2005 - 11 Sch 01/05, SchiedsVZ 2005, 210; OLG Thüringen, Beschl. v. 8.8.2007 - 4 Sch 03/06 - *Japanisches Glas*, SchiedsVZ 2008, 44; BGH, Urt. v. 7.6.2016 - KZR 6/15 - *Pechstein*, NJW 2016, 2266; OLG Celle,

Die praktische Relevanz des kartellrechtlichen ordre-public-Vorbehalts ist damit eher gering. Sie nimmt weiter ab, je weniger weit entwickelt die Schiedsgerichtsbarkeit und der ordre-public-Vorbehalt in einem Staat sind. In China, wo die öffentliche Ordnung eigentlich eine größere Rolle spielt als die Privatautonomie,³⁷ wurden bisher überhaupt erst zwei Schiedssprüche vom Obersten Volksgerichtshof wegen eines ordre-public-Verstoßes aufgehoben, keiner von beiden wegen einer Kartellrechtsverletzung.³⁸ Dazu kommt, dass manche Mitgliedsstaaten der NYC überhaupt kein Kartellrecht haben.³⁹

Die Untersuchung kann sich damit nicht nur auf die Rechtsprechung staatlicher Gerichte zum kartellrechtlichen ordre public beschränken. Auch ein Heranziehen der Schiedssprüche, über deren Anerkennung die Gerichte im konkreten Fall entschieden haben, ist nicht ausreichend. Wie bei jeder Untersuchung zur Schiedsgerichtsbarkeit ergibt sich die Schwierigkeit, dass nur wenige Schiedssprüche veröffentlicht werden. Damit ist es auch nur in Ausnahmefällen möglich zu ermitteln, welche Erwägungen Schiedsgerichte hinsichtlich einer späteren Konformität des Schiedsspruchs mit dem kartellrechtlichen ordre public angestellt haben.

Im Gegensatz zu seiner geringen praktischen Bedeutung steht die Prominenz des kartellrechtlichen ordre public in der schiedsrechtlichen und kartellrechtlichen Literatur.⁴⁰ Gerade die französischsprachige Rechtsliteratur ist reich an Quellen zum kartellrechtlichen ordre public. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass sie einen weiten ordre-public-Begriff voraussetzt. Nach ihr erschöpft sich der kartellrechtliche ordre public nicht in der richterlichen *ex-post*-Kontrolle von Schiedssprüchen. Seine faktische

Beschl. v. 14.10.2016 - 13 Sch 1/15 (Kart), BeckRS 2016, 124988; OLG Frankfurt, Beschl. v. 14.3.2019 - 26 Sch 10/18, WuW 2020, 38 ff. Im Fall *Abonnenenwerbung* hob der BGH das vorhergehende Urteil des OLG Düsseldorf auf, allerdings nicht wegen eines Verstoßes gegen den kartellrechtlichen ordre public, sondern nur mit einem Hinweis darauf, dass auch dieser betroffen sein könnte, BGH, Urt. v. 25.10.1983 - KZR 27/82 - *Abonnenenwerbung*, BGHZ 88, 314.

37 *Liu*, L'exécution des sentences arbitrales étrangères, 2016, Rn. 321.

38 *Dies.*, L'exécution des sentences arbitrales étrangères, 2016, Rn. 347.

39 Als Beispiel können hier die Staaten des Golfkooperationsrats (GKR) dienen, die alle Mitgliedsstaaten der NYC sind. Von den GKR-Gründungsstaaten Bahrain, Katar, Bahrain, Oman, Saudi-Arabien, Kuwait und Vereinigte Arabische Emirate haben laut *Badah* nur die beiden Letzteren überhaupt irgendeine Form kartellrechtlicher Bestimmungen, *Badah*, AIAJ 2016, 137, 149.

40 *Spiegel*, Kartellprivatrecht, 2002, S. 175; *Landolt*, Modernised EC Competition Law, 2006, S. 106 f. Anders *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 3. Aufl. 2008, S. 557.

Wirkung geht darüber hinaus und erfasst alle Bereiche, in denen das privatautonome Schiedsverfahren in Konflikt mit dem vom Kartellrecht verkörperten staatlichen Ordnungsinteressen gerät. Dazu gehört der Bereich der objektiven Schiedsfähigkeit, der die vom Schiedsgericht entscheidbaren Sachverhalte *ex ante* einschränkt und der bei kartellrechtlichen Streitigkeiten von besonderem Interesse ist. Dazu gehört aber auch jede Form der Anwendung zwingenden Rechts in der Schiedsgerichtsbarkeit: Sei es die nicht-abdingbare Rechtsnorm, die sich gegen das von den Parteien gewählte Recht durchsetzt, oder die Verpflichtung des Schiedsgerichts zur Beachtung einer solchen Norm.⁴¹ Die Summe aller dieser Wirkungen des *ordre public* ist als „*ordre public* im weiteren Sinne“⁴² vom *ordre-public*-Vorbehalt bei der richterlichen *ex-post*-Kontrolle von Schiedssprüchen im Sinne des Art. V Nr. 2 lit. b NYC, dem „*ordre-public*-Vorbehalt im engeren Sinne“, zu trennen.

2. Untersuchungsgegenstand

Dieser kartellrechtliche *ordre public* „im weiteren Sinne“ stellt den Gegenstand der folgenden Untersuchung dar. Ein solches weites *ordre-public*-Verständnis entspricht nicht nur der französischen Rechtsdogmatik, es bietet sich auch aus praktischen Gründen an. Mit ihm wird dem Umstand Rechnung getragen, dass sich das Schiedsverfahren und die spätere *ordre-public*-Kontrolle staatlicher Gerichte wechselseitig beeinflussen. So schließt die Versagung der objektiven Schiedsfähigkeit von Kartellrechtsstreitigkeiten Sachverhalte mit *ordre-public*-Bezug vom Schiedsverfahren aus und setzt damit zeitlich vor der *ordre-public*-Kontrolle staatlicher Gerichte an. Dasselbe gilt für Prüfung einer Schiedsvereinbarung auf ihre Nichtigkeit wegen eines Kartellverstoßes, die ebenfalls der *ordre-public*-Kontrolle vorgreift. Auch ist es kaum möglich, die Nichtanerkennung eines Schiedsspruchs wegen Nichtanwendung einer Kartellrechtsnorm zu diskutieren, ohne die Frage vorangestellt zu haben, ob und woraus das Schiedsgericht zur Anwendung dieser Norm verpflichtet ist.

41 *Lew* nennt zusätzlich die Kapazität der Parteien sich einem Schiedsverfahren zu unterwerfen, und formelle Anforderungen der *lex fori* des staatlichen Gerichts. In allen diesen Fällen verwiesen staatliche Gerichte auf ihren *ordre public*, *Lew*, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, 1978, S. 556 f.

42 „*Notion générique d'ordre public*“, *d'Avout*, *Rev. arb.* 2013, 174, 179.

Ein weiter *ordre-public*-Begriff ist auch am besten geeignet, um die Vorwirkungen des kartellrechtlichen *ordre public* auf das Schiedsgericht und die Schiedsparteien in die Betrachtung des kartellrechtlichen *ordre public* integrieren zu können. „Wie das Damoklesschwert“ schwebt die mögliche spätere Nichtvollstreckbarkeit des Schiedsspruchs wegen eines *ordre-public*-Verstoßes über dem Schiedsgericht und den Parteien⁴³ und strahlt damit auf das gesamte vorherige Schiedsverfahren aus. Dies gilt schon für den Zeitraum nach Entstehen einer Kartellrechtsstreitigkeit vor Einleitung des Schiedsverfahrens, in manchen Fällen sogar schon bei der Vertragsanbahnung zwischen zukünftigen Schiedsparteien lange vor Entstehen einer Streitigkeit. Befürchten die Parteien die Nichtvollstreckbarkeit eines Schiedsspruchs, werden sie das Schiedsverfahren vielleicht gar nicht erst aufnehmen, eine Schiedsvereinbarung gar nicht erst treffen. Um die Wirksamkeit des kartellrechtlichen *ordre public* bewerten zu können, muss auch betrachtet werden, in welchen Fällen die drohende *ex-post*-Kontrolle eines Schiedsspruchs schon vor dem Beginn eines Schiedsverfahrens verhindert, dass ein kartellrechtswidriger Schiedsspruch erlassen wird. Das Gerüst für alle diese Rechtsinstitutionen und Rechtsinstrumente und den zentralen Anknüpfungspunkt für alle damit zusammenhängenden Fragen bildet der *ordre public* im weiteren Sinne.

Trotz des somit weiter gefassten Untersuchungsgegenstandes soll die wichtigste Materialisierung des kartellrechtlichen *ordre public* in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, die *ex-post*-Kontrolle von Schiedssprüchen nach Art. V Nr. 2 lit. b NYC, im Fokus der Betrachtung stehen. Entsprechend soll versucht werden, die Untersuchung, wo möglich, auf die grenzüberschreitende Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche zu beschränken, wie sie in Art. V NYC geregelt ist. Wird ein Schiedsspruch dort angegriffen, wo er erlassen wurde, handelt es sich aus Sicht des entscheidenden Gerichts um einen inländischen Schiedsspruch, der nicht der NYC unterfällt.⁴⁴ Dasselbe gilt für Schiedssprüche aus Schiedsverfahren ohne Auslandsberührung (interne Schiedsverfahren). Der staatliche Gesetzgeber ist nicht gehindert, von den Nichtvollstreckungsgründen der NYC abweichende Aufhebungsgründe für inländische Schiedssprüche zu erlassen (oder auch ganz auf ein Aufhebungs-

43 Dempegiotis, JIntArb 2008, 365, 395.

44 “This Convention shall apply to the recognition and enforcement of arbitral awards made in the territory of a State other than the State where the recognition and enforcement of such awards are sought“, Art. 1 Nr. 1 NYC.

verfahren zu verzichten).⁴⁵ Manchmal übernehmen staatliche Gesetzgeber die Aufhebungsgründe der NYC auch für inländische Schiedssprüche,⁴⁶ zum Teil wandeln sie sie nur leicht ab.⁴⁷ Das liegt daran, dass Artt. 34/35 des UNCITRAL-Modellgesetzes über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit 1985 (nachfolgend „UNCITRAL-ML“) die Aufhebungsgründe für Schiedssprüche fast wortgetreu von den Nichtanerkennungsgründen des NYC übernommen haben. Auch in solchen Rechtsordnungen werden aber die Bereiche der Aufhebung inländischer Schiedssprüche und der Nichtanerkennung ausländischer Schiedssprüche häufig auseinander gehalten.⁴⁸ Für die Aufhebung inländischer Schiedssprüche gelten andere prozessuale Vorschriften als für die Anerkennung internationaler Schiedssprüche, angefangen damit, dass bei inländischen Schiedsverfahren die unterlegene Partei aktiv werden muss, um den Eintritt der Rechtswirkung des Schiedsspruchs zu verhindern.⁴⁹ In Ländern, die das UNCITRAL-ML nicht umsetzen, sind die Aufhebungsgründe für inländische Schiedssprüche zum Teil deutlich unterschiedlich,⁵⁰ auch gelten in Schiedsverfahren ohne Auslandsberührung unter Umständen noch einmal andere Aufhebungsgründe.⁵¹

Dies bedeutet nicht notwendigerweise, dass Schiedssprüche nicht in allen Varianten am *ordre public* gemessen werden. Es bedeutet auch nicht, dass sich die an inländische und ausländische Schiedssprüche angelegten *ordres publics* nennenswert unterscheiden.⁵² Gewisse Unterschie-

45 *Park*, Arb. Int. 1989, 230, 256.

46 Gleich sind sie laut dem IBA-Report on the Public Policy Exception in Australien, China, Italien, Kanada, Mexiko, den Niederlanden, Singapur und Schweden, IBA-Report on the Public Policy Exception 2015, S. 3.

47 Für Deutschland vgl. § 1059 ZPO und Art. V NYC. Anders etwa das US-Recht: Die Aufhebungsgründe in Sec. 10 FAA weichen stark von der NYC ab, der vorhandene *ordre-public-Vorbehalt* ist ungeschrieben und wird dem Vertragsrecht entnommen, US Supreme Court, Beschl. v. 1.12.1987 - No. 86-651 - *United Paperworkers/Misco*, 484 U.S. 29 (1987), 42.

48 So das deutsche Recht, das die Nichtanerkennungsgründe der NYC von den Aufhebungsgründen für interne Schiedssprüche, § 1059 Abs. 2 ZPO, trennt.

49 *Solomon*, Die Verbindlichkeit von Schiedssprüchen, 2007, S. 211.

50 Vgl. Art. 1520 CPC.

51 Vgl. Art. 1488 CPC.

52 *Beraudo*, JIntArb 2006, 351, 358. Nach *Wolff* verpflichtet die NYC ihre Vertragsstaaten aber, ausländische Schiedssprüche nicht weniger günstig zu behandeln als inländische Schiedssprüche, *Wolff*, Public Policy, Art. V (2) (b), in: Ders., New York Convention, 2012, 402, 505.

de finden sich freilich, etwa in der Kontrolldichte staatlicher Gerichte.⁵³ Diese müssen berücksichtigt werden, können aber im Rahmen dieser Arbeit nicht immer ausdifferenziert werden. Wo es auf den Unterschied zwischen dem staatlichen Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren ausländischer Schiedssprüche und dem Aufhebungsverfahren inländischer Schiedssprüche nicht ankommt, soll vereinfachend vom „staatlichen Nachverfahren“ gesprochen werden.⁵⁴

Auch in kartellrechtlicher Hinsicht muss der Untersuchungsgegenstand präzisiert werden. Grund dafür ist der Begriff des Kartellrechts, der sich in anderen Sprachen und anderen Rechtsordnungen nicht immer mit dem deutschen Begriff deckt. So fällt unter den französischen Begriff „droit de la concurrence“ auch das Recht des unlauteren Wettbewerbs.⁵⁵ Beide Materien sind im französischen Code de commerce geregelt, während die Wettbewerbsvorschriften des europäischen AEUV und das deutsche GWB den unlauteren Wettbewerb nicht mit einschließen.⁵⁶ In der englischen Fassung des AEUV umfasst das Kapitel „Rules on Competition“ auch Vorschriften des europäischen Beihilferechts,⁵⁷ die ebenfalls unter dem Begriff „competition law“ diskutiert werden.⁵⁸ Vorliegend soll ein enger Kartellrechtsbegriff zugrunde gelegt werden, der sich nur mit dem Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne des GWB auseinandersetzt und weder die Regeln über den unlauteren Wettbewerb, noch das Beihilferecht noch das ebenfalls im GWB geregelte Vergaberecht beinhaltet.⁵⁹

53 Zu den Begriffen „ordre public interne“ und „ordre public international“ siehe unten S. 183, zur Kontrolldichte siehe unten S. 247.

54 Begriff angelehnt an „recours post-arbitraux“, *d'Avout*, Rev. arb. 2013, 174, 178; „postarbitrale Phase“, *Tafelmaier*, Schiedsspruch und staatliche Gerichtsbarkeit, 2018, S. 26.

55 Deshalb wird Kartellrecht bisweilen analog zum englischen Begriff als „droit antitrust“ bezeichnet, *Mainguy/Depincé*, Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2015, S. 6.

56 *Wiedemann*, Regelungszweck und Rechtsquellen, in: Ders., Handbuch des Kartellrechts, 3. Aufl. 2016, 5.

57 Artt. 107-109 AEUV.

58 Siehe nur *Bates, State Aids*, in: Bellamy/Child/Rose u.a., European Community Law of Competition, 7. Aufl. 2013, 1269 ff.

59 Zur Abgrenzung der Begriffe *Dreher/Kulka*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 10. Aufl. 2018, Rn. 1.

3. Gang der Untersuchung

Um den kartellrechtlichen *ordre public* im weiteren Sinne auf seine Wirksamkeit untersuchen zu können, müssen zunächst seine einzelnen Bestandteile und Erscheinungsformen sowie die zwischen ihnen bestehenden inneren Zusammenhänge dargestellt werden.

Dazu bedarf es eingangs einer allgemeinen Betrachtung der Schnittstellen zwischen Kartellrecht und Schiedsgerichtsbarkeit (1. Kapitel). Diese widmet sich einerseits den theoretischen Grundlagen der Beziehung beider Rechtsgebiete, andererseits den vielen praktischen Formen des Aufeinandertreffens von Kartellrecht und Schiedsgerichtsbarkeit.

Davon ausgehend soll sich dem kartellrechtlichen *ordre public* genähert werden, indem dieser in allen seinen Erscheinungsformen dargestellt wird, die anhand ihrer Wirkungen in gängige *ordre-public*-Kategorisierungen eingeordnet werden und miteinander so ins Verhältnis gesetzt werden, dass Konflikte und ein möglicher Umgang mit ihnen erkennbar werden (2. Kapitel).

Im Anschluss soll aufgezeigt werden, wie staatliche Gerichte Schiedssprüche auf eine Verletzung des kartellrechtlichen *ordre public* überprüfen, welche Kontrollparameter ihre Untersuchung beeinflussen, wie sich Parallelverfahren vor Wettbewerbsbehörden darauf auswirken und welche Gestaltungsmöglichkeiten ein staatliches Gericht hat, das eine Verletzung des kartellrechtlichen *ordre public* feststellt (3. Kapitel).

Im Anschluss sollen Möglichkeiten für das Schiedsgericht und die Schiedsparteien ergründet werden, einen Verstoß gegen den kartellrechtlichen *ordre public* zu vermeiden (4. Kapitel).

Mit den hierbei gewonnenen Ergebnisse soll zuletzt versucht werden, eine Antwort auf die Frage nach der Wirksamkeit des kartellrechtlichen *ordre public* als Sicherungsmechanismus einer Kartellrechtsordnung zu finden.

Erstes Kapitel: Kartellrecht in der Schiedsgerichtsbarkeit

I. Grundlagen

1. Der Grundkonflikt zwischen Kartellrecht und Schiedsgerichtsbarkeit - von Privatautonomie und staatlichem Ordnungsinteresse

Der Grundstein der Schiedsgerichtsbarkeit ist die Privatautonomie.⁶⁰ Sie erlaubt den Parteien, selbst zu entscheiden, wie sie ihre Konflikte lösen. Die Wahl der Mitglieder des Schiedsgerichts, die Bestimmung der anwendbaren Schiedsregeln und die Unterwerfung unter einen verbindlichen Schiedsspruch sind allesamt Ausgestaltungen dieser Privatautonomie. Als oberster Grundsatz der Schiedsgerichtsbarkeit wird die Privatautonomie zugleich als letzte Grenze staatlicher Intervention in die Schiedsgerichtsbarkeit behandelt. Was dem gemeinsamen Parteiwillen widerspricht, soll in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit keinen Platz haben.⁶¹

Dies könnte auf den ersten Blick auch für das Kartellrecht gelten. Es schützt den Wettbewerb und ist als Korrektiv im ordoliberalen System Teil des wirtschaftspolitischen Fundaments des Staates.⁶² Es dient der Allgemeinheit, weil es den Wettbewerb schützt, der selbst ein Allgemeinbelang ist.⁶³ Dieser Allgemeinbelang wird dadurch geschützt, dass die Privatautonomie einzelner Marktakteure durch kartellrechtliche Vorschriften eingeschränkt wird.

60 Statt aller *Schütze*, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 6. Aufl. 2016, Rn. 7.

61 *Baniassadi*, International Tax and Business Lawyer 1992-1993, 59, 61. Dieser gemeinsame Parteiwille kann in der Praxis natürlich auch der Wille der verhandlungsstärkeren Partei sein, den diese in den Vertragsverhandlungen durchsetzen konnte, *Kronstein*, The Law of International Cartels, 1973, S. 383.

62 Dies gilt auch für den Binnenmarkt als „Herz“ der Europäischen Union, dessen Funktionieren das Kartellrecht sicherstellt, *Caprasso*, L'application du droit européen de la concurrence par l'arbitre, in: Mayer, Arbitrage et droit de l'Union européenne, 2012, 63.

63 OECD, Guidelines for Multinational Enterprises, 2011, S. 58. Zur verfassungsrechtlichen Verankerung des Wettbewerbsschutzes im Grundgesetz *Tsiliotis*, Der verfassungsrechtliche Schutz der Wettbewerbsfreiheit und seine Einwirkung auf die privatrechtlichen Beziehungen, 2000, S. 734 f.; Maunz/Dürig/*Di Fabio*, Art. 2 Abs. 1 GG Rn. 116.

Die Beschränkung der Privatautonomie einzelner Marktakteure schützt aber zugleich die Privatautonomie aller übrigen Marktakteure, für die das kartellrechtswidrige Verhalten des Adressaten der Beschränkung wettbewerbs- und damit freiheitsbeschränkend wirkt.⁶⁴ Anders gesagt: Es verhindert, dass der Wettbewerb den Wettbewerb einschränkt.⁶⁵ Das staatliche Ordnungsinteresse nach Wettbewerbsschutz dient somit zugleich der Privatautonomie der Marktakteure.⁶⁶

2. Der ordre public in der Schiedsgerichtsbarkeit als Vehikel des staatlichen Ordnungsinteresses

Sofern nur private Akteure in ein Schiedsverfahren involviert sind, sind die Möglichkeiten des Staates zur Intervention in das Schiedsverfahren begrenzt. Grundsätzlich ist ein Schiedsgericht weder zu seiner Konstituierung noch zu seiner Urteilsfindung auf staatliche Unterstützung angewiesen. Schiedsgerichte können zwingendes staatliches Recht anwenden oder außer Acht lassen, ohne dass Staaten und ihre Institutionen eingreifen können. Diesen bleiben nur wenige Möglichkeiten, um auf den Ausgang des Schiedsverfahrens Einfluss zu nehmen. Die zeitlich letzte und zugleich wichtigste Möglichkeit ist die Nichtanerkennung und Nichtvollstreckung eines Schiedsspruchs unter Berufung auf den eigenen ordre public, Art. V Nr. 2 lit. b NYC.

64 „Marktteilnehmer verlassen die Legitimationsbasis ihrer Freiheitsrechte, wenn die Wirkungen ihres Handelns die Funktionsbedingungen der Freiheitsrechte selbst zerstören“, *Möschel*, *Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, 1983, Rn. 2; *Mestmäcker*, *WuW* 2008, 6, 13; *Immenga/Mestmäcker/Zimmer*, § 1 *GW*B Rn. 12; „Aufgabe des Kartellrechts ist es also, die Privatautonomie so zu begrenzen, dass sie sich nicht selbst aufhebt“, *Dreher/Kulka*, *Wettbewerbs- und Kartellrecht*, 10. Aufl. 2018, Rn. 574. „Der Egoismus gestaltet sich hier zu seinem eigenen Korrektiv“, *Jhering*, *Der Zweck im Recht*, 1904, S. 104.

65 „Der Wettbewerb darf den Wettbewerb nicht töten“ („La concurrence ne doit pas tuer la concurrence“), *Abdelgawad*, *Arbitrage et droit de la concurrence*, 2001, Rn. 21, Übersetzung durch den Verfasser.

66 Dieser Zweck soll allerdings dem Schutz der Allgemeinheit nachrangig sein, *Landolt*, *Modernised EC Competition Law*, 2006, S. 19.

a) Herkunft des ordre-public-Begriffs

Der Begriff „ordre public“ lässt sich auf das römische Recht zurückführen. Dort bezeichnete das „ius publicum“ nicht nur das öffentliche Recht im Allgemeinen, sondern auch Rechtssätze staatlichen Ursprungs, von denen die Parteien kraft Vertrags nicht abweichen können.⁶⁷ Diese standen zunächst der Durchsetzbarkeit eines Schiedsspruchs nicht im Wege, weil es kein Exequatur von Schiedssprüchen im heutigen Sinne gab.⁶⁸ Die Parteien vereinbarten aber eine Strafzahlung für den Fall, dass eine Partei den Schiedsspruch nicht befolgte oder sein Zustandekommen verhinderte.⁶⁹ Die Parteien mussten den Schiedsspruch allerdings nicht befolgen, wenn er „irgendetwas Unehrenhaftes“ verlangte.⁷⁰ Dann entfiel die Strafzahlung.⁷¹

Im englischen *common law* wird der Begriff „public policy“ seit dem 15. Jahrhundert verwendet. Deckungsgleich mit dem heutigen ordre-public-Begriff ist er nach *Murphy* seit dem 18. Jahrhundert.⁷² Im Urteil *Mitchel/Reynolds* stellte der Court of King's Bench 1711 fest, dass eine Monopolstellung gegen die „policy of law“ verstößt.⁷³ Dies wird als eine der ersten Anwendungen des Konzepts der public policy gesehen⁷⁴ und dürfte zugleich auch der erste Anwendungsfall des kartellrechtlichen ordre public sein.⁷⁵ Um einen gegen Schiedssprüche einwendbaren ordre public han-

67 „Staatliches Recht kann durch eine Vereinbarung Privater nicht geändert werden“ („Ius publicum privatorum pactis mutari non potest“), D.2.14.38, Übersetzung durch den Verfasser. Dazu mit weiteren Fundstellen *Schilling*, Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des Römischen Privatrechts, 1834, S. 28. Die Begriffe „ius publicum“ und „ordre public“ liegen eng beieinander, *Rapisardi-Mirabelli*, L'ordine pubblico nel diritto internazionale, 1908, S. 35.

68 Erst der nachklassische Zivilprozess nach *Justinian* ermöglichte es dem obsiegenden Kläger, den Schiedsspruch mittels einer *actio in factum* durchzusetzen, *Kaser/Hackl*, Das römische Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 1996.

69 *Littauer*, Schiedsgerichtsbarkeit und materielles Recht, 1930, S. 7 f.

70 „Non debent autem obtemperare litigatores, si arbiter aliquid non honestum iusserit“, D.4.8.21.7, *Kriegel/Kriegel/Osenbrüggen*, Corpus Juris Civilis, 4. Aufl. 1848, S. 131.

71 *Littauer*, Schiedsgerichtsbarkeit und materielles Recht, 1930, S. 9.

72 *Murphy*, GJICL 1981, 591-592.

73 Court of King's Bench, Urt. v. 1711 - Case 44 - *Mitchel/Reynolds*, 1 P. WMS. 181, 187.

74 *Ghodoosi*, NLR 2016, 685, 692.

75 Das Urteil gilt als „Geburtsstunde des Kartellrechts in den angloamerikanischen Ländern“ und zugleich als Quelle der *rule-of-reason*-Doktrin, *Drexler*, in: FS Canaris 2017, 1019, 1022.

delte es sich allerdings nicht: Zum Zeitpunkt des Urteils war die Schiedsgerichtsbarkeit mangels Bindungswirkung von Schiedsvereinbarungen ins Hintertreffen geraten,⁷⁶ obwohl sie noch im Mittelalter nicht nur von der englischen Geschäftswelt bevorzugt wurde,⁷⁷ sondern auch in Kontinentaleuropa, etwa von deutschen und italienischen Fürstentümern, von Schweizer Kantonen und innerhalb der Hanse häufig genutzt wurde.⁷⁸

Gegen *ordre-public*-widrige Schiedssprüche richtete sich später aber eine Regelung aus der Allgemeinen Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten. Deren § 172 ordnete die Nichtigkeit eines Schiedsspruchs an, der gegen „ein ganz klar entscheidendes Landesgesetz“ entschieden wurde.⁷⁹ In die gesamtdeutsche Civilprozessordnung von 1877 wurde die Vorschrift nicht übernommen, obwohl eine Bindung der Schiedsgerichte an das Recht diskutiert worden war.⁸⁰ Die Gesetzgeber waren der Meinung, dass das Schiedsgericht seiner Aufgabe nur ohne Bindung an staatliches Recht nachkommen könne,⁸¹ verankerten dies aber ebenfalls nicht im Gesetz.⁸² Allerdings wurde schon während der Vorarbeiten zur Civilprozessordnung von einzelnen Referenten als selbstverständlich angenommen, dass ein Schiedsspruch keinen Bestand haben kann, der eine Partei zu einer gesetz-

76 Schiedsvereinbarungen waren nach einem *obiter dictum* von *Lord Coke* in *Vynior's case*, Court of King's Bench, Urt. v. August 1609 - *Vynior/Wilde*, 8 Co. Rep. 81 b, 82a, und einer darauffolgenden Gesetzesänderung nicht mehr bindend, *Mehren*, BJIL 1986, 583, 585.

77 *Mehren*, BJIL 1986, 583, 584. *Schütze* zufolge hat sie dort sogar eine längere Tradition als die staatliche Gerichtsbarkeit, *Schütze*, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 6. Aufl. 2016, Rn. 4.

78 Mit vielen Nachweisen *Born*, International Commercial Arbitration, 3. Aufl. 2021, S. 12 ff.; *Baumbach/Garnier*, SchiedsVZ 2019, S. 181-188.

79 Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten 1822, Erster Theil, Zweiter Titel,

§ 171: „Die Schiedsrichter müssen sowohl bei der Erörterung, als bei der Entscheidung der Sache die wesentlichen Vorschriften der Landesgesetze befolgen.

§ 172: „Der Ausspruch der Schiedsrichter ist nichtig: [...] wenn gegen ein den vorliegenden Fall ganz klar entscheidendes Landesgesetz erkannt worden ist.“

80 *Schubert*, Entstehung und Quellen der Civilprozessordnung von 1877, 1987, 426. Diese Idee wurde nach dem Ersten Weltkrieg als Schutz gegen „Preistreiberei und Kettenhandel“ wieder aufgegriffen, *Littauer*, Schiedsgerichtsbarkeit und materielles Recht, 1930, S. 32.

81 *Hahn/Stegemann*, Die gesammten Materialien zur Civilprozessordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 30. Januar 1877, 1880, S. 494; *Breit*, Das Recht - Rundschau für den deutschen Juristenstand 1923, 1, 2. Im Gesetz ist dies jedoch nicht verankert, *Littauer*, Schiedsgerichtsbarkeit und materielles Recht, 1930, S. 32.

82 *Breit*, Das Recht - Rundschau für den deutschen Juristenstand 1923, 1, 2.

lich verbotenen Handlung verurteilt.⁸³ Dies schlug sich dann auch in der ersten Fassung des Gesetzes nieder, die eine Aufhebung deswegen ermöglichte.⁸⁴ Aber erst mit der ZPO-Novelle von 1924 mussten staatliche Gerichte im Nachverfahren von Amts wegen prüfen, dass der Schiedsspruch kein zwingendes Recht verletzt.⁸⁵

Als Vorbehalt gegenüber staatsvertraglichen Verpflichtungen lässt sich der *ordre-public*-Vorbehalt schon im ältesten weltweit gültigen internationalen Abkommen, dem Abkommen zur Schaffung der Internationalen Fernmeldeunion von 1865, nachweisen. Nach dessen Art. 19 können Mitgliedsstaaten Telegramme unter Verweis auf ihren *ordre public* aufhalten. Gegenüber Schiedssprüchen existiert ein *ordre-public*-Vorbehalt seit dem Genfer Abkommen zur Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche von 1927, der Vorgängerregelung der New York Convention.⁸⁶ Er wurde vom deutschen Gesetzgeber 1930 in die ZPO übernommen.⁸⁷ Die New York Convention von 1958 wiederum sieht ihn in Art. V Nr. 2 lit. b NYC vor, von wo aus er, leicht umformuliert, als Art. 34 Abs. 2 lit. b Nr. 2 in das später erschienene UNCITRAL-ML übernommen wurde.

83 Zieren, Das Schiedsverfahrensrecht der ZPO (1877-1933) unter Berücksichtigung der Genfer Übereinkommen von 1923 und 1927 sowie der Rechtsprechung des Reichsgerichts, 2013, S. 77.

84 § 867 Nr. 2 der Civilprozessordnung von 1877: „Die Aufhebung des Schiedsspruchs kann beantragt werden, [...] „wenn der Schiedsspruch eine Partei zu einer Handlung verurtheilt, deren Vornahme verboten ist.“

85 Zieren, Das Schiedsverfahrensrecht der ZPO (1877-1933) unter Berücksichtigung der Genfer Übereinkommen von 1923 und 1927 sowie der Rechtsprechung des Reichsgerichts, 2013, S. 110.

86 Art. I Abs. 2 lit. e Genfer Abkommen zur Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 26.9.1927. Die Regelung war jedoch insofern weitergehend, als sie eine Nichtvollstreckung auch erlaubte, wenn die Vollstreckung des Schiedsspruchs den Grundprinzipien des öffentlichen Rechts des Gerichtsstaats widersprach, („ne soit pas contraire [...] aux principes du droit public du pays où elle est invoquée“). Deren Vorgängerregelung wiederum, das Genfer Protokoll über die Schiedsklauseln vom 24.9.1923, beinhaltete keinen ausdrücklichen *ordre-public*-Vorbehalt. Beide Konventionen sind zwischen NYC-Vertragsstaaten nicht mehr in Kraft.

87 Zieren, Das Schiedsverfahrensrecht der ZPO (1877-1933) unter Berücksichtigung der Genfer Übereinkommen von 1923 und 1927 sowie der Rechtsprechung des Reichsgerichts, 2013, S. 162.

b) Definition des ordre public

Art. V NYC definiert den ordre public nicht, genauso wenig wie alle anderen internationalen Übereinkommen mit ordre-public-Vorbehalt.⁸⁸ Die Verfasser der NYC unternahmen während des Entstehungsprozesses keinen protokollierten Definitionsversuch.⁸⁹ Die Auslegung des Begriffes sollte den souveränen Vertragsstaaten überlassen werden,⁹⁰ die diese Aufgabe ihrerseits meist Rechtsprechung und Lehre anvertraut haben.⁹¹ Aber auch dort findet sich oft keine eigene Definition des schiedsrechtlichen ordre public. Ohnehin wird der ordre-public-Vorbehalt gegenüber Schiedssprüchen eher selten behandelt, wesentlich bedeutender ist der kollisionsrechtliche ordre public im Internationalen Privatrecht und der anerkennungsrechtliche ordre public bei der Anerkennung und Vollstreckung von Urteilen staatlicher Gerichte.⁹² Eine strikte Trennung der verschiedenen Vari-

88 *Badab*, AIAJ 2016, 137, 157. Art. 6 Code civil benutzt den Begriff schon seit seiner Einführung 1803, definiert ihn allerdings ebenfalls nicht.

89 *Maurer*, Public Policy Exception, 2013, S. 49.

90 IBA-Report on the Public Policy Exception 2015, S. 2; *Gan/Yang*, AIAJ 2017, 75, 88.

91 Als Ausnahmen nennt der IBA-Report die Vereinigten Arabischen Emirate und Australien, die den Begriff jeweils gesetzlich definiert haben, IBA-Report on the Public Policy Exception 2015, S. 2. Schiedsrechtsspezifisch ist dabei nur Art. 8 Abs. 7 lit a des australischen International Arbitration Act von 1974: „To avoid doubt and without limiting paragraph (7)(b) [hier findet sich die allgemeine ordre-public-Klausel], the enforcement of a foreign award would be contrary to public policy if: (a) the making of the award was induced or affected by fraud or corruption; or (b) a breach of the rules of natural justice occurred in connection with the making of the award.“ Art. 3 des Zivilgesetzbuches der Vereinigten Arabischen Emirate beschreibt den ordre public allgemein durch Fallgruppen: „Public order shall be deemed to include matters relating to personal status such as marriage, inheritance, and lineage, and matters relating to sovereignty, freedom of trade, the circulation of wealth, rules of private ownership and the other rules and foundations upon which society is based, in such manner as not to conflict with the definitive provisions and fundamental principles of the Islamic Shari'ah“, Übersetzung aus dem Arabischen durch Verfasser des IBA-Report on the Public Policy Exception 2015, S. 2 f.

92 Der kollisionsrechtliche ordre public findet sich im deutschen Recht z.B. in Art. 21 Rom I-VO, Art. 26 Rom-II-VO, Art. 12 Rom-III-VO, Art. 35 Rom-IV-VO, Art. 6 EGBGB; der anerkennungsrechtliche ordre public in Art. 45 Abs. 1 lit. a Brüssel-Ia-VO, Art. 23 lit. a Brüssel-IIa-VO, § 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO, § 109 Abs. 1 Nr. 4 FamFG.

anten des ordre public voneinander ist unmöglich,⁹³ weswegen auch auf Literatur und Rechtsprechung zu diesen ordre-public-Vorbehalten zurückgegriffen werden kann und muss.⁹⁴ Die Summe aller dort zu findenden Ansätze, Definitionen und Interpretationen ist kaum überschaubar.⁹⁵

Der ordre public entzieht sich einer allgemeingültigen Definition.⁹⁶ Eine solche zu finden gilt als äußerst schwierig,⁹⁷ wenn nicht als völlig unmöglich.⁹⁸ Das liegt auch an der Formenvielfalt seines Auftretens.⁹⁹ *Yelpaala* spricht davon, dass sich der ordre public „wie ein Chamäleon“ den Farben seiner Umgebung anpasst,¹⁰⁰ *Colomer* vergleicht den ordre public mit einem Kaleidoskop.¹⁰¹ *Park* beschreibt ihn, weniger poetisch, als „verformbar“ und „schlecht definiert“.¹⁰² Da sich seine Bedeutung permanent wandelt, wandelt sich auch seine Definition.¹⁰³ Auf diese kommt es aber an: Je nachdem, welche Definition gewählt wird, weist der ordre public unterschiedliche Eigenschaften auf, greift in unterschiedlicher Weise ein und bestimmt, welche Maßstäbe staatliche Gerichte bei seiner Überprüfung anzulegen haben. Dabei weisen die verschiedenen Definitionen

93 *Gaillard/Bermann*, Guide NYC, 2017, S. 293. In Deutschland etwa wurde der ordre-public-Vorbehalt gegen Schiedssprüche in der ZPO dem Vorbehalt gegen ausländische Urteile, § 328 ZPO, angepasst, BT-Drucks. 10/504, S. 92.

94 *Zimmer*, Zulässigkeit und Grenzen, 1991, S. 87; *Jafferli*, in: FS Watté 2017, 307, 325.

95 Einen Überblick über gängige Definitionen aus 29 verschiedenen Rechtsordnungen bietet der IBA-Report on the Public Policy Exception 2015, S. 6-10.

96 „Der ordre public ist schwer zu durchschauen und verschließt sich einer allgemeingültigen Definition“ („L'ordre public est difficile à cerner et ne se prête guère à une définition passe-partout.“), BGer, Beschl. v. 8.3.2006 - 4P.278/2005 - *Terra Armata*, BGE 132 III, 389, 391, Übersetzung durch den Verfasser; „a very relative principle“, *Maurer*, Public Policy Exception, 2013, S. 57; *Chong*, The Law Quarterly Review 2012, 88, 113.

97 *Malaurie*, L'ordre public et le contrat, 1953, S. 3.

98 „Difficult to clearly apprehend and impossible to precisely define“, IBA-Report on the Public Policy Exception 2015, S. 18; *Lew/Mistelis/Kröll*, Comparative International Commercial Arbitration, 2003, S. 722.

99 *Farjat*, L'ordre public économique, 1963, S. 27 f.

100 „Like a chameleon, it seems to be seriously influenced by its environment, surrounding circumstances, and the purposes for its use.“, *Yelpaala*, The Transnational Lawyer 1989, 379, 381 f.

101 „Wie ein Kaleidoskop, bei dem jede noch so kleine Änderung des Blickwinkels das Bild auf den Kopf stellt, das von ihm wahrgenommen wird“, *Colomer*, Concurrences 2006, 29, Übersetzung durch den Verfasser.

102 *Park*, Arb. Int. 1989, 230, 279.

103 *Lalive*, in: FS Pocar 2009, 599, 600.