

Datum: 21.07.2004
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: Kartellsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: VI-Sch (Kart) 1/02
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2004:0721.VI.SCH.KART1.02.00

Tenor:

1. Der Schiedsspruch des Internationalen Schiedsgerichts der Inter-nationalen Handelskammer (ICC) in P., bestehend aus Dr. T. als Vorsitzendem sowie Dr. K. und Dr. J. als Schiedsrichtern, vom 8. Oktober 2001 (Aktenzeichen Nr. 9078/HV/JK/DK) wird für vollstreckbar erklärt.

2. Die Kosten des Verfahrens werden der Antragsgegnerin auferlegt.

3. Der Beschluss ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin erwirkte den im Beschlusstenor zu 1. genannten Schiedsspruch des in Z. zusammengetretenen Schiedsgerichts, wonach die Antragsgegnerin 6.185.000 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 12. Mai 1996 an sie zu zahlen hat (beglaubigte Abschrift des Schiedsspruchs GA 5 ff., Übersetzung GA 224 ff.). Sie begehrt im vorliegenden Verfahren gemäß den §§ 1061, 1062 ff. ZPO in Verbindung mit den Bestimmungen des UN-Übereinkommens vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (UNÜ; BGBl. 1961 II, S. 121) die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung dieses Schiedsspruchs. Dem Schiedsspruch liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

1

2

3

4

Die Antragsgegnerin produzierte und vertrieb bis Ende des Jahres 1989 im Inland sog. rotierende regenerative Wärmetauscher (Luft- und Gasvorwärmer) für den Kraftanlagenbau. Daneben war die Antragsgegnerin noch in den N. geschäftlich tätig. Das in D. ansässige damalige Tochterunternehmen B. & W. E. A/S (B.) und die Lizenznehmerin T. S. L. S.A. (T.), S., der Antragsgegnerin betätigten sich in gleicher Weise auf europäischen und außereuropäischen Märkten. Im Jahr 1989 entschied die Antragsgegnerin, die Herstellung und den Vertrieb regenerativer Wärmetauscher aufzugeben. Sie bot ihrer Wettbewerberin K. AG, H. (K.), - kurz zusammengefasst - den käuflichen Erwerb dieses Geschäftszweigs an. K. - eine Lizenznehmerin der Antragstellerin - bekundete unter der Voraussetzung, dass eine "kartellrechtskonforme Lösung" gefunden werde, grundsätzliches Einverständnis (Schreiben vom 7.11.1989, GA 163 f.). Nach dem Ergebnis darüber durchgeführter Vorgespräche und Abstimmungen sollte indessen die Antragstellerin (S.) als Erwerberin auftreten. Die Antragstellerin verwertete gewerbliche Schutzrechte, indem sie diese ihr durch Lizenzverträge verbundenen Unternehmen, unter anderem K., zur geschäftlichen Nutzung überließ. Daneben führte die Antragstellerin in ihrem Unternehmen Überholungsarbeiten an Wärmetauschern aus.

Am 29.11.1989 trafen die Parteien eine schriftliche "Vereinbarung" folgenden wesentlichen Inhalts (GA 414 ff.): 5

- Die Antragsgegnerin übertrug der Antragstellerin die weltweit gültige und ausschließliche Lizenz mit dem Recht zur Vergabe von Unterlizenzen zum Bau und Vertrieb der regenerativen Wärmetauscher der "Bauart L.". Die Antragsgegnerin verpflichtete sich, den mit T. abgeschlossenen Lizenzvertrag aufzulösen. Sie versicherte ferner, den Lizenzgegenstand selbst und durch Unternehmen der L.-Gruppe nicht mehr zu fertigen und/oder zu vertreiben oder fertigen und/oder vertreiben zu lassen (Ziffer 1. der Vereinbarung). 6
- Die Verpflichtung der Antragsgegnerin, auf dem genannten Gebiet nicht mehr tätig zu sein, sollte sich auch auf das sog. After-sales-Geschäft erstrecken (Ziffer 2. der Vereinbarung). 7
- Die Antragsgegnerin verpflichtete sich, der Antragstellerin das bei ihr vorhandene und den Vertragsgegenstand betreffende Know-how gemäß der als Anlage zu der Vereinbarung genommenen Aufstellung in der Form einer Grundsatzdokumentation und einer auftragsbezogenen Dokumentation zu übergeben (Ziffer 4. der Vereinbarung). 8
- Die Antragsgegnerin veräußerte die bei ihrer Tochtergesellschaft B. stehende Fabrikationsanlage an die Antragstellerin (Ziffer 5. der Vereinbarung). 9
- Als Gegenleistung vereinbarten die Parteien Zahlung von insgesamt 13.000.000 DM, wovon 2.000.000 DM auf den Erwerb der Fabrikationsanlage von B. entfielen (Ziffer 7. der Vereinbarung). 10
- Der Lizenzvertrag wurde für eine Dauer von zehn Jahren abgeschlossen (Ziffer 8. der Vereinbarung). 11
- Die Parteien kamen überein, dass über die getroffenen Vereinbarungen ein gesonderter Lizenzvertrag abgeschlossen werden sollte (Ziffer 9. der Vereinbarung). 12

Unter dem 8.5.1990 unterzeichneten die Parteien einen "Lizenz- und Know-how-Vertrag" (Übersetzung GA 368 ff.). Sowohl die "Vereinbarung" vom 27.11.1989 als auch der "Lizenz- 13

und Know-how-Vertrag" vom 8.5.1990 enthielten Schiedsabreden. Mit Datum vom 4./8.5.1990 trafen die Parteien darüber hinaus die "Nebenabrede" (GA 165):

Die genannten Parteien sind sich einig, dass alle im Zusammenhang mit ihrer "Vereinbarung" vom 29.11.1989 geschlossenen bzw. noch zu schließenden Verträge deklaratorischen Charakter haben und die Parteien somit nicht über die in der vorgenannten "Vereinbarung" enthaltenen Bestimmungen hinaus verpflichtet. 14

Mit der Behauptung, die Antragsgegnerin habe gegen die erteilte ausschließliche Lizenz sowie gegen das verabredete Wettbewerbsverbot verstoßen - und zwar indem sie den Lizenzvertrag mit T. nicht vereinbarungsgemäß gekündigt, sondern T. im Wettbewerb mit dem lizenzierten Know-how fortgesetzt unterstützt und es ebenso wenig unterbunden habe, dass ihr Tochterunternehmen B. dieses Know-how weiterhin genutzt habe - erhob die Antragstellerin vor dem in Zürich eingesetzten Schiedsgericht eine Schadensersatzklage. Die Antragsgegnerin hielt der Klage entgegen, die geschlossenen Verträge verletzten deutsches und europäisches Kartellrecht; sie seien daher nichtig. Außerdem stellte die Antragsgegnerin Vertragsverletzungen in Abrede. Nach Beweisaufnahme durch Vernehmung von Zeugen erkannte das Schiedsgericht in der Hauptsache auf eine - dem Begehren der Antragstellerin zum Teil entsprechende - Schadensersatzleistung der Antragsgegnerin von 6.185.000 DM. Im Schiedsspruch verneinte das Schiedsgericht die von der Antragsgegnerin behauptete Verletzung kartellrechtlicher Normen. 15

Im vorliegenden Verfahren beantragt die Antragstellerin, 16
den vom Schiedsgericht der Internationalen Handelskammer (ICC) am 8.10.2001 erlassenen 17
Schiedsspruch anzuerkennen und für vollstreckbar zu erklären.

Die Antragsgegnerin beantragt, 18
den Antrag zurückzuweisen. 19

Die Antragsgegnerin macht im Wesentlichen geltend: 20

Bei dem Lizenzvertrag vom 8.5.1990 habe es sich um ein Scheingeschäft im Sinne von § 117 21
Abs. 1 BGB gehandelt. Der Lizenzvertrag sei außerdem wegen Verstoßes gegen das
Schriftformgebot des § 34 GWB a.F. in Verbindung mit § 125 BGB nichtig. Darüber hinaus
verstießen die Vereinbarung vom 29.11.1989 und der Lizenz- und Know-how-Vertrag gegen
Art. 81 EG (vormals Art. 85 EGV) sowie gegen § 1 GWB a.F.. Vereinbarungen der
getroffenen Art seien gemäß der damals anzuwendenden Verordnung (EWG) Nr. 556/89 der
Kommission vom 30.11.1988 zur Anwendung von Artikel 85 Abs. 3 des Vertrages auf
Gruppen von Know-how-Vereinbarungen nicht vom europäischen Kartellverbot freigestellt.
Denn der Antragstellerin sei es bei den genannten Vereinbarungen nicht um eine
Lizenzierung von technischem Know-how, sondern ausschließlich darum gegangen, im Sinn
eines Abkaufs von Wettbewerb ihr, der Antragsgegnerin, Ausscheiden aus dem Markt für die
Herstellung und/oder den Vertrieb von regenerativen Wärmetauschern zu erwirken und
dauerhaft sicher zu stellen. Außerdem greife die Gruppenfreistellungsverordnung im
vorliegenden Fall nicht ein, da die getroffenen Vereinbarungen nicht eine Lizenzierung,
sondern eine Vollübertragung von Know-how beinhalteten. All dies sei vom Schiedsgericht
entweder unzutreffend oder gar nicht gewürdigt worden. Eine Anerkennung oder
Vollstreckung des Schiedsspruchs widerspreche deshalb der in der Bundesrepublik
Deutschland geltenden öffentlichen Ordnung (ordre public) im Sinn von Art. V Abs. 2 Buchst.
b) des UN-Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer

Schiedssprüche vom 10.6.1958. Dem Schiedsspruch vom 8.10.2001 sei daher die Anerkennung zu versagen.

Die Antragstellerin ist den Einwendungen der Antragsgegnerin entgegen getreten. 22

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze und auf die mit diesen vorgelegten Anlagen, insbesondere auf die vorbezeichneten Aktenbestandteile, sowie auf die Sitzungsprotokolle vom 27.11.2002 (GA 473 ff.) und vom 9.6.2004 (GA 696 f.) Bezug genommen. 23

Der Senat hat durch den Einzelrichter Zeugen vernommen (vgl. den Beweisbeschluss GA 532 ff.). Auf die Vernehmungsniederschrift vom 17.12.2003 wird verwiesen (GA 600 ff.). 24

II. 25

Auf den Antrag der Antragstellerin ist der ausländische Schiedsspruch des in Zürich zusammengetretenen Schiedsgerichts vom 8.10.2001 gemäß § 1061 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit den Bestimmungen des UN-Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10.6.1958 (BGBl. II S. 121) und in Verbindung mit § 1062 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2 ZPO und den §§ 1063 Abs. 1, 1064 Abs. 2 ZPO für vollstreckbar zu erklären. 26

a) Die Voraussetzungen einer Sachentscheidung über den Antrag der Antragstellerin sind gegeben. Die Antragstellerin hat die Schiedsvereinbarung und den Schiedsspruch in beglaubigter Form vorgelegt (vgl. Art. IV Abs. 1 UNÜ, § 1064 Abs. 1 ZPO). Die Spruch des Schiedsgerichts und die Echtheit des Schiedsspruchs stehen zudem außer Streit. Überdies hat die Antragsgegnerin den vorgetragenen Inhalt der Schiedsvereinbarung nicht in Abrede gestellt (vgl. dazu auch BGH NJW 2001, 1730; 2000, 3650, 3651). Eine in Betracht zu ziehende Nichtigkeit der in der Vereinbarung vom 29.11.1989 (dort unter Ziffer 10) und im Know-how-Vertrag vom 8.5.1990 (dort unter Artikel VII) enthaltenen Schiedsabreden - beide Verträge sind infolge Zeitablaufs inzwischen ohnedies beendet - gemäß § 91 Abs. 1 Satz 1 GWB a.F., da die Vereinbarungen nicht jedem Beteiligten (ausdrücklich) das Recht gaben, im Einzelfall statt der Entscheidung durch das Schiedsgericht eine Entscheidung durch das ordentliche Gericht zu verlangen, steht einer Anerkennung und Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs nicht entgegen. Das Schiedsverfahren ist mit der Folge, dass auch der Schiedsspruch rechtsgültig ist, wirksam durchgeführt worden, denn die Antragsgegnerin hat sich ausweislich der Gründe des Schiedsspruchs vor dem Schiedsgericht zur Hauptsache auf eine Verhandlung eingelassen (vgl. die Übersetzung des Schiedsspruchs vom 8.10.2001 GA 224 ff., dort S. 28 bis 30, sowie Bechtold, GWB, 2. Aufl., Einführung Rn. 23). Unabhängig hiervon war § 91 Abs. 1 GWB a.F. auf Schiedsabreden der hier vorliegenden Art nicht anzuwenden. Die Vorschrift bezog sich nur auf Kartellverträge im kartellorganisationsrechtlichen Sinn, nicht hingegen auf alle von § 1 GWB a.F. umfassten Verträge (vgl. K. Schmidt in Immenga/Mestmäcker, GWB, 2. Aufl., § 91 Rn. 15 f.; Langen/Bornkamm, KartR, 9. Aufl., § 87 GWB Rn. 4, jeweils m.w.N.). Bei der Forderung der Antragstellerin handelte es sich ebenso wenig um einen Anspruch im Sinn von § 35 GWB a.F. (vgl. K. Schmidt a.a.O. Rn. 14), sondern um einen Anspruch aus Vertragsverletzung, dem allenfalls die Einrede eines Verstoßes gegen § 1 GWB entgegen zu halten war. 27

b) Die Entscheidung über den Antrag der Antragstellerin hängt demnach allein davon ab, ob die Einwendung der Antragsgegnerin, wonach die Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsspruchs der nationalen öffentlichen Ordnung (ordre public) widerspricht, begründet ist oder nicht. Gemäß Art. V Abs. 2 Buchst. b) UNÜ darf die Anerkennung und Vollstreckung 28

eines ausländischen Schiedsspruchs versagt werden, wenn die zuständige Behörde (im vorliegenden Fall das Gericht) des Landes, in dem die Anerkennung und Vollstreckung nachgesucht wird, feststellt, dass die Anerkennung und Vollstreckung der öffentlichen Ordnung dieses Landes widersprechen würde. Diese Bestimmung ist trotz ihres eine andere Auslegung nahelegenden Wortlauts dahin zu verstehen, dass dem Schiedsspruch - sofern das Schiedsgericht den Beklagten zu einer der öffentlichen Ordnung widersprechenden Leistung verurteilt hat - die Anerkennung zu versagen ist, ohne dass Raum für eine Ermessensbetätigung besteht (vgl. BGHZ 46, 365, 367 f., 369 f. - Schweißbolzen - m.w.N.). Bei der Entscheidung über die Anerkennung und Vollstreckung ist das Gericht überdies weder an die Rechtsauffassung noch an die tatsächlichen Feststellungen des Schiedsgerichts gebunden (vgl. BGH a.a.O.). Hinsichtlich der die Einwendung einer Unvereinbarkeit mit der öffentlichen Ordnung begründenden Tatsachen ist der Antragsgegner des auf die Vollstreckbarerklärung eines Schiedsspruchs gerichteten Verfahrens nach den allgemeinen Grundsätzen beweisverpflichtet.

In der Sache widerspricht die Anerkennung und Vollstreckung der innerstaatlichen öffentlichen Ordnung, wenn die Entscheidung des Schiedsgerichts zu den als grundlegend anzuerkennenden Prinzipien der Rechts-, Wirtschafts- und/oder Sozialordnung des Vollstreckungsstaats in einem offensichtlichen und so erheblichen Widerspruch steht, dass sie nach den nationalen Grundvorstellungen im Ergebnis nicht (mehr) hinnehmbar erscheint (vgl. BGH NJW 1986, 3027, 3028; 1998, 2358 f.; EuGH NJW 2000, 2185, 2186 Rn. 30 - jeweils m.w.N.). An eine Anerkennung ausländischer Schiedssprüche sind insoweit keine anderen, insbesondere geringeren oder weiter reichenden Anforderungen zu stellen als an die Anerkennung ausländischer Gerichtsentscheidungen (vgl. BGH NJW 1986, 3027, 3028). Die grundlegenden Normen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und die im Inland - vorbehaltlich einer Erfüllung der sog. Zwischenstaatlichkeitsklausel - unmittelbar anzuwendenden Vorschriften des namentlich im EG-Vertrag kodifizierten europäischen Kartellrechts sind Bestandteil der in der Bundesrepublik Deutschland geltenden öffentlichen Ordnung (vgl. BGHZ 46, 365, 367 - Schweißbolzen; BGH NJW 1969, 978, 979 = WuW/E BGH 1000 - Fruchtsäfte; BGH NJW 1972, 2180, 2181 = WuW/E BGH 1226 - Eiskonfekt). Der Beurteilung, ob der Schiedsspruch vom 8.10.2001, weil er - wie die Antragsgegnerin geltend macht - gegen Grundgedanken der deutschen öffentlichen Ordnung, insbesondere gegen kartellrechtliche Normen, verstößt, ist der Zeitpunkt zugrunde zu legen, in welchem über die Vollstreckbarkeit zu entscheiden ist, nicht hingegen derjenige Zeitpunkt, in dem das Schiedsgericht entschieden hat oder in dem die von ihm beurteilten vertraglichen Absprachen von den Beteiligten getroffen worden sind (vgl. BGH NJW 1998, 2358 m.w.N.). Bei einer Anwendung des vorstehend beschriebenen Prüfungsrahmens ist infolge einer Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsspruchs im Streitfall ein Verstoß gegen die in der Bundesrepublik Deutschland geltende öffentliche Ordnung zu verneinen. Zumindest sind die die Einwendung der Antragsgegnerin tragenden Tatsachen - was prozessual zu ihren Lasten geht - nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht als erwiesen anzusehen.

29

c) Zu den von der Antragsgegnerin im Einzelnen erhobenen Einwendungen:

30

1. Der Vortrag der Antragsgegnerin, die in den vertraglichen Absprachen vereinbarte Lizenzierung eines Know-how sei gemäß § 117 Abs. 1 BGB von den Beteiligten nicht ernstlich gewollt, sondern nur zum Schein verabredet worden, ist nach Lage der Dinge ungeachtet der vom Senat im Sinn einer abschließenden Klärung der Sache offen gelassenen Rechtsfrage, ob es sich hierbei überhaupt um einen der innerstaatlichen öffentlichen Ordnung zuzurechnenden Einwand handelt, nicht gerechtfertigt. Gemäß dem Wortlaut der Verträge und nach dem feststellbaren wirklichen Willen der Parteien war eine

31

Lizenzierung von Know-how in Bezug auf Fertigung, Montage und Betrieb von nach dem Rotorprinzip arbeitenden regenerativen Wärmetauschern für die Antragstellerin gewollt. Das geht aus den Aussagen der vom Einzelrichter des Senats vernommenen Zeugen M. (des ehemaligen Vorstands der Antragsgegnerin), V. (eines früheren Vorstandsmitglieds von K.) und Dr. S. (des ehemaligen Vorstandsvorsitzenden der Antragstellerin) hervor. Der Zeuge M. hat bekundet, die Antragsgegnerin habe bei der Herstellung von Wärmetauschern über ein ingenieurtechnisches Wissen verfügt, im weitesten Sinn also über ein Know-how, welches sie für sich behalten habe und niemandem, und zwar weder Abnehmern noch erst recht ihren Konkurrenten, preisgab. Der Zeuge V., der im Zeitpunkt des Abschlusses der Verträge bei K. für den Bereich der Regenerativ-Wärmetauscher verantwortlich war, hat dies durch die Aussage bestätigt, die Antragsgegnerin sei seiner Marktbeobachtung zufolge in der Lage gewesen, erheblich preisgünstiger anzubieten als K. (bisweilen unter deren Selbstkostenpreisen). Die Gründe, welche die Antragsgegnerin preisgünstiger und effektiver produzieren ließen, waren bei K. (und - was anzunehmen ist - anderen Wettbewerbern) im Detail tatsächlich nicht bekannt, sondern konnten (und dies auch nur zum Teil) lediglich vermutet werden. Jene Gründe - so der Zeuge V. - erschlossen sich K. (und mit ihr der Antragstellerin) erst nach einer Auswertung der von der Antragsgegnerin im Zuge der Erfüllung der vertraglichen Vereinbarungen übergebenen Dokumentationen. In dieselbe Richtung sind die Bekundungen des Zeugen Dr. S. gegangen. Der Zeuge V. hat seine Darstellung - bestätigt von der Aussage des Zeugen Dr. S. - zudem durch anschauliche Beispiele betreffend das von B. entwickelte Grafit-Versiegelungssystem, das Profil der von der Antragsgegnerin verwendeten Heizbleche und die Beschaffenheit der in ihrem Betrieb eingesetzten (verschraubten, nicht geschweißten) Konstruktion der Rotornabe unterlegt. Aufgrund der in den wesentlichen Zügen und zum Teil auch in den Einzelheiten gleichlautenden und sich gegenseitig bestätigenden Aussagen der Zeugen M., V. und Dr. S. steht damit fest, dass es bei der Antragsgegnerin und bei dem ihr verbundenen Unternehmen B. im Sinn eines besonderen Ingenieurwissens nicht nur ein Know-how in Bezug auf Fertigung, Montage und Betrieb regenerativer Wärmetauscher gab, welches ihr im Wettbewerb einen Vorsprung zu sichern geeignet und der Antragstellerin sowie deren Lizenznehmern unbekannt war, sondern dass die Antragstellerin gerade dieses Know-how von der Antragsgegnerin erlangen und an ihre Lizenznehmer weitergeben wollte. In diesem Sinn sind einer Lizenzierung nicht nur gewerbliche Schutzrechte von Erfindungshöhe fähig, sondern kann Gegenstand einer Lizenz jedes technische Wissen sein, welches nicht allgemein bekannt oder unschwer zu erlangen und geeignet ist, infolge darin enthaltener wichtiger und nützlicher Informationen - hier von Informationen in Bezug auf die Fertigung, die Montage und den Betrieb regenerativer Wärmetauscher nach dem Rotorprinzip - die Stellung des Lizenznehmers im Wettbewerb mit seinen Konkurrenten zu stärken. Das bei der Antragsgegnerin vorhandene ingenieurtechnische Wissen genügte den durch den Begriff des technischen Know-how gestellten Anforderungen. Es ging hierbei um technisch qualifizierte Entwicklungsleistungen der Antragsgegnerin, die - wie der Zeuge V. anschaulich beschrieben hat - namentlich bei der Form der verwendeten Heizbleche und bei der Beschaffenheit der Rotornaben einen bedeutenden anwendungs- und fertigungstechnischen Fortschritt darstellten, der sich bisher in den Leistungsangeboten der Antragsgegnerin niedergeschlagen hatte und geeignet war, den der Antragstellerin durch Lizenzverträge verbundenen Unternehmen, die das lizenzierte Know-how künftig nutzen sollten, einen Vorteil im Wettbewerb zu verschaffen. Diesen nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ersichtlich möglichen und gerechtfertigten Schlussfolgerungen ist die Antragsgegnerin im weiteren Verfahren nicht entgegen getreten. Sie hat der Antragstellerin das ihr verfügbare Know-how in der Form einer aus technischen Zeichnungen, Bau- und Montagebeschreibungen, Berechnungen und Analysen bestehenden umfangreichen Dokumentation in Vollzug der geschlossenen Verträge tatsächlich auch verschafft. Bei dieser Sachlage unterliegt es

keinem Zweifel, dass die Lizenzierung des ingenieurtechnischen Know-how im Sinn einer Willensübereinstimmung von den Parteien tatsächlich gewollt war.

Die Aussage des Zeugen W. steht dieser Auslegung nicht entgegen. Der Zeuge hat zwar davon gesprochen, die Antragsgegnerin habe "an sich" keine Lizenz erteilen wollen. Auf der anderen Seite hat er jedoch erklärt, die Antragsgegnerin habe sich den Vorstellungen der Antragstellerin, die eine Lizenzierung des Know-how gewünscht habe, gebeugt. Das schließt es ein, dass eine Lizenzierung von ihr gewollt war. Soweit die Antragsgegnerin den behaupteten Scheincharakter der Lizenzierung aus dem Wortlaut der Nebenabrede vom 4./8.5.1990 ableitet, wonach die im Zusammenhang mit der Vereinbarung vom 29.11.1989 geschlossenen oder noch abzuschließenden Verträge - insbesondere also der Lizenz- und Know-how-Vertrag vom 8.5.1990 - "deklaratorischer" Art sein sollten, überdehnt sie das nach den Umständen gebotene Verständnis jener Nebenabrede. Die Antragsgegnerin interpretiert auch die Aussage des Zeugen M. unzutreffend, soweit sie allein auf seine Bemerkung abstellt, die Nebenabrede vom 4./8.5.1990 besage, dass der Lizenzvertrag "nichts wert" sei. Nach den übereinstimmenden und demnach glaubhaften Bekundungen der Zeugen M., V. und Dr. S. kam der Nebenabrede lediglich die Funktion einer Klarstellung der von den Parteien erzielten Einigung zu, dass durch den Lizenzvertrag vom 8.5.1990 für die Antragsgegnerin keine über den Inhalt der Vereinbarung vom 29.11.1989 hinausgehenden Verpflichtungen erzeugt werden sollten. Dies bedeutet freilich nicht, dass damit eine Lizenzierung von Know-how hinfällig war. Denn die Antragsgegnerin hatte sich schon in der Vereinbarung vom 29.11.1989 - und zwar dort unter Ziffern 1. und 4. - wirksam dazu verpflichtet, der Antragstellerin das gesamte bei ihr vorhandene Know-how betreffend regenerative Wärmetauscher zu lizenzieren und ihr zu diesem Zweck grundsätzliche und auftragsbezogene Dokumentationen zu übergeben. Welcher Art solche Dokumentationen sein und welche Inhalte diese aufweisen sollten, haben die Parteien in der als Anlage zur Vereinbarung vom 29.11.1989 genommenen Aufstellung festgelegt. Infolgedessen bedarf es des Lizenzvertrages vom 8.5.1990 nicht, um festzustellen, dass die Lizenzierung eines technischen Know-how von den Parteien gewollt und bezweckt war.

32

2. Die Vollstreckung des Schiedsspruchs steht nicht deswegen in einem Widerspruch zur öffentlichen Ordnung, weil - so die Auffassung der Antragsgegnerin - der Lizenzvertrag vom 8.5.1990 wegen Verstoßes gegen das Schriftformgebot nach § 34 GWB a.F. in Verbindung mit § 125 BGB nichtig sei. § 34 GWB ist nicht als Bestandteil des sog. ordre public anzusehen. Ungeachtet dessen ist die Lizenzierung rechtswirksam vereinbart worden, selbst wenn der Lizenz- und Know-how-Vertrag vom 8.5.1990 nicht in der nach § 34 GWB a.F. gehörigen Weise schriftlich abgefasst worden sein sollte.

33

Ein Verstoß gegen den ordre public setzt die offensichtliche Verletzung einer namentlich in der Rechts- und Wirtschaftsordnung des Vollstreckungsstaats als wesentlich geltenden Rechtsnorm oder eines dort als grundlegend anerkannten Rechts voraus (vgl. EuGH NJW 2000, 2185, 2186 m.w.N. sowie die oben S. 8 zitierten Fundstellen). Hieraus folgt zum Beispiel, dass Normen, die lediglich eine Zweckmäßigkeitsfunktion ausüben, nicht zur öffentlichen Ordnung eines Staates zu rechnen sind (vgl. BGH NJW 1969, 978, 980 - Fruchtsäfte). § 34 GWB a.F. kam im Rahmen kartellrechtlicher Prüfungen nach vorherrschendem Verständnis die Hilfsfunktion zu, die Kontrolle über wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen durch die Kartellbehörden und Gerichte in der Weise sicherzustellen, dass ihr Inhalt stets aus den darüber zu errichtenden Urkunden hervorgehen sollte (vgl. BGH WuW/E BGH 3150, 3151 - Kölsch-Vertrag; Langen/Bornkamm, Anhang zu § 34 GWB Rn. 3, 13). Die Vorschrift hatte hingegen keine die staatliche Wirtschafts- oder Rechtsordnung regelnde Funktion. Sie war durch das Gebot, dass

34

Kartellverträge schriftlich abzufassen waren, ihrem Sinn und ihrer Wirkung nach vielmehr darauf beschränkt, die den Kartellbehörden und Gerichten obliegenden Überwachungsaufgaben zu gewährleisten und regelte dasjenige, was im Rahmen jener Aufgaben zu deren Erleichterung zweckmäßig erscheinen konnte, indem sie gebot, dass Kartellverträge schriftlich abzufassen waren. Aus dem Umstand, dass das Schiedsgericht die Übereinstimmung des Vertragswerks der Parteien mit § 34 GWB a.F. nicht geprüft und nicht beantwortet hat, ist bei diesem Normverständnis nicht zu folgern, die Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs widerspräche der öffentlichen Ordnung.

Hiervon abgesehen war die Vereinbarung vom 29.11.1989, wonach die Antragsgegnerin der Antragstellerin eine ausschließliche Lizenz zur Herstellung und zum Vertrieb regenerativer Wärmetauscher nach Maßgabe des bei ihr, der Antragsgegnerin, erworbenen Know-how erteilte und sich verpflichtete, solche Anlagen selbst nicht mehr zu fertigen und/oder zu vertreiben, unabhängig davon rechtswirksam, ob der Lizenz- und Know-how-Vertrag vom 8.5.1990 dem Anwendungsbereich von § 34 GWB a.F. unterfiel, und unabhängig davon, ob - wie die Antragsgegnerin bemängelt - das Schriftformgebot durch den Vertrag vom 8.5.1990 und die Nebenabrede vom 4./8.5.1990 nicht eingehalten worden ist. Jedenfalls erfüllte die Vereinbarung vom 29.11.1989 die durch § 34 GWB a.F. an die Schriftform gestellten Anforderungen. Der Haupttext des Vertrages und die Anlage nahmen wechselseitig aufeinander Bezug. Beide Vertragsbestandteile sind von den Beteiligten unterzeichnet worden. Dass in der Vereinbarung vom 29.11.1989 das Schriftformerfordernis des § 34 GWB a.F. nicht gewahrt war, macht die Antragsgegnerin dementsprechend auch nicht geltend. Die Vereinbarung vom 29.11.1989 enthielt außerdem alle wesentlichen Absprachen der Parteien, insbesondere diejenigen, aus denen die im schiedsgerichtlichen Verfahren von der Antragstellerin erhobenen Ansprüche abzuleiten waren. Der Vertrag vom 8.5.1990 griff demgegenüber lediglich den lizenzrechtlichen Teil der Vereinbarung vom 29.11.1989 auf. Es wurden darin Art, Inhalt und Umfang der Lizenz sowie eine Haftung der Antragsgegnerin näher geregelt. Der Lizenzvertrag vom 8.5.1990 sollte die Vereinbarung vom 29.11.1989 indes nicht aufheben, ablösen oder ersetzen, sondern - gemäß dem unter Ziffer 9. jener Vereinbarung angekündigten Vorhaben der Parteien - diese in dem die Lizenz betreffenden Punkt lediglich präzisieren und ergänzen. Bei dieser Sachlage bedurfte der Lizenzvertrag vom 8.5.1990 nicht der Schriftform des § 34 GWB a.F.. Er musste auch deswegen nicht schriftlich abgefasst werden, weil er nach dem in der Nebenabrede vom 4./8.5.1990 dokumentierten und von den Zeugen M., V. und Dr. S. bestätigten Willen der Parteien gegenüber der Vereinbarung vom 29.11.1989 keine neuen und zusätzlichen Rechte und Verpflichtungen begründen, sondern - in einem so verstandenen Sinn - lediglich bestätigenden Charakter haben sollte, ohne damit in Frage zu stellen, dass die nach der damaligen Vorstellung und dem damaligen Willen der Parteien getroffenen Absprachen in der schriftlichen Vereinbarung vom 29.11.1989 vollständig wiedergegeben worden waren. Da der Vertrag vom 8.5.1990 Rechte und Pflichten für die Parteien nicht hervorbringen sollte, hat er auf den Bestand und die Rechtswirksamkeit der Vereinbarung vom 29.11.1989 keinen Einfluss. Auch musste - um die im Schiedsverfahren erhobenen Ansprüche der Antragstellerin zu bescheiden - nicht auf den Vertrag vom 8.5.1990, sondern allein auf den Inhalt der Vereinbarung vom 29.11.1989 abgehoben werden. Im Ergebnis kann damit der Umstand, dass sich das Schiedsgericht mit der nach § 34 GWB a.F. und § 125 BGB zu beurteilenden Formwirksamkeit der Vereinbarungen in seiner Entscheidung nicht befasst hat, im Anerkennungsverfahren keinesfalls zur Annahme der Unvereinbarkeit einer Vollstreckung mit der öffentlichen Ordnung führen.

3. Eine Vollstreckung des Schiedsspruchs widerspricht nicht der zum Bestand der öffentlichen Ordnung gehörenden kartellrechtlichen Bestimmung des Art. 81 EG (vormals Art. 36

85 EGV). Auch die vertraglichen Abmachungen der Parteien verstießen nicht gegen Art. 81 EG (Art. 85 EGV).

37

Art. 81 Abs. 1 EG (Art. 85 Abs. 1 EGV) verbietet unter anderem Vereinbarungen zwischen Unternehmen, welche den Handel zwischen Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken. Gemäß Absatz 2 der Vorschrift sind die verbotenen Vereinbarungen nichtig. Aufgrund des teils unstreitigen und teils durch die Beweisaufnahme deutlich gewordenen Sachverhalts ist allerdings davon auszugehen, dass die Vereinbarungen der Parteien tatbestandlich gegen das Kartellverbot des Absatzes 1 von Art. 81 EG (Art. 85 EGV) verstießen. Die Antragsgegnerin sollte für die Vertragsdauer von zehn Jahren verpflichtet sein, regenerative Wärmetauscher unter Verwendung des mit Ausschließlichkeitscharakter an die Antragstellerin lizenzierten Know-how nicht mehr zu fertigen und/oder zu vertreiben. Mit diesem Verbot bezweckten die Vereinbarungen der Parteien eine Wettbewerbseinschränkung auf dem sachlichen Markt des Vertriebs (jedenfalls) von regenerativen Wärmetauschern. Es sollte dadurch die Fortsetzung eines der Antragsgegnerin bei isolierter Betrachtung möglichen Wettbewerbs mit anderen Unternehmen, namentlich mit denjenigen Unternehmen, die ihrerseits Lizenznehmer der Antragstellerin waren und denen die Antragstellerin das von der Antragsgegnerin lizenzierte Know-how zu vermitteln gedachte, verhindert werden. Die Wettbewerbseinschränkung war geeignet, den innergemeinschaftlichen Handel zu beeinträchtigen. Hierbei hat der Senat berücksichtigt, dass die Antragsgegnerin sich - solange sie Wärmetauscher vertrieb - ausschließlich auf dem innerdeutschen Markt betätigte. Zwar hat der Zeuge M. auch eine Geschäftstätigkeit der Antragsgegnerin in den N. erwähnt. Art und Umfang sowie der geschäftliche Erfolg dieses Tätigwerdens sind im Verfahren von der Antragsgegnerin jedoch nicht weiter aufgeklärt und erläutert worden, so dass daraus irgendwelche Schlussfolgerungen nicht gezogen werden können. Auch wenn die Antragsgegnerin durch die abgeschlossenen Vereinbarungen nur vom deutschen Absatzmarkt (einschließlich des neu hinzu tretenden ostdeutschen Marktes) ferngehalten werden sollte, ist den Vereinbarungen der Parteien eine Eignung, den Handel zwischen Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen, indes nicht abzuspüren. Eine diesbezügliche Eignung ist in der Regel bereits anzunehmen, wenn die Wettbewerbsbeschränkung sich auf das (gesamte) Hoheitsgebiet eines Mitgliedsstaates erstreckt (vgl. EuGH WuW/E EU-R 71, 74 Rn. 48 - Kommission/Italien - Zollrat). Die Anwendbarkeit dieses Regelsatzes auf den vorliegenden Fall wird durch eine Betrachtung des Marktanteils, den die Antragsgegnerin auf dem deutschen Markt hielt, unterlegt. Die Marktanteilsbetrachtung gelangt - abhängig von den in sachlicher Hinsicht denkbaren Marktabgrenzungen - zu unterschiedlichen Ergebnissen. Ist in sachlicher Hinsicht als der relevante Markt der Absatzmarkt für Wärmetauscher jeder Bauart zu verstehen (regenerative Wärmetauscher nach dem Rotorsystem und Statorsystem einschließlich der andersartigen, aber dieselbe Funktion erfüllenden Wärmetauscher mit kreislaufverbundenem oder geschlossenem Kaltlaufsystem), dann hatte die Antragsgegnerin nach den auf statistische Angaben des V. gestützten Bekundungen des Zeugen V. in den Jahren 1987 bis 1989 auf dem innerdeutschen Markt einen Marktanteil von etwa 20 %. Klammert man den Vertriebsmarkt für Wärmetauscher nach dem kreislaufverbundenen oder geschlossenen Kaltlaufsystem aus der Betrachtung aus, dürfte der Marktanteil der Antragsgegnerin auf mindestens ein Drittel angestiegen sein. Der Zeuge M. hat mit Blick hierauf von einem Marktanteil der Antragsgegnerin von sogar ungefähr 40 % gesprochen. Wie eine Marktabgrenzung letztlich richtig vorzunehmen ist, ist von der Antragsgegnerin nicht näher dargestellt worden; dies kann für die Entscheidung aber auch dahingestellt bleiben. Denn selbst wenn der sachlich relevante Markt als der Absatzmarkt für Wärmetauscher jeder Bauart zu definieren ist, hatte die Antragsgegnerin daran einen Anteil von etwa 20 %, der

ausreicht, eine Eignung der Wettbewerbsbeschränkung zur Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels anzunehmen. Die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung und der Eignung zur Handelsbeeinträchtigung sind bei dieser (als zutreffend anzunehmenden) Sachlage nicht zu verneinen.

Trotz einer tatbestandlichen Erfüllung von Art. 81 Abs. 1 EG (Art. 85 Abs. 1 EGV) ist von einem Verstoß gegen das Kartellverbot im Ergebnis dennoch nicht auszugehen, da die Vereinbarungen der Parteien durch die im Zeitpunkt ihres Abschlusses geltende Verordnung (EWG) Nr. 556/89 der Kommission vom 30.11.1988 zur Anwendung von Art. 85 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Know-how-Vereinbarungen (Abl. Nr. L 61 vom 4.3.1989, S. 1 ff.) von einer Anwendung des Absatzes 1 dieser Vorschrift freigestellt waren. Die Antragsgegnerin hatte der Antragstellerin bereits durch die Vereinbarung vom 29.11.1989 eine auf zehn Jahre befristete ausschließliche Lizenz zum Bau und Vertrieb von regenerativen Wärmetauschern nach dem in ihrem Unternehmen erworbenen ingenieurtechnischen Know-how erteilt und sich im Gegenzug verpflichtet, Wärmetauscher der von der Lizenz umfassten Art selbst nicht mehr zu fertigen und/oder zu vertreiben. Gemäß dem Zweck dieser Vereinbarung war das Wettbewerbsverbot auf die Dauer des Vertrages beschränkt. Die Behauptung der Antragsgegnerin, es sei der Antragstellerin beim Abschluss der Vereinbarung vom 29.11.1989 ausschließlich oder im Sinn eines primär verfolgten Zwecks darum gegangen, ihr einen "Wettbewerb abzukaufen" und ihr dauerhaftes Ausscheiden aus dem Markt (jedenfalls) für den Vertrieb regenerativer Wärmetauscher sicher zu stellen, ist nach dem Inhalt der getroffenen Abreden in Verbindung mit den Aussagen der vernommenen Zeugen widerlegt, zumindest aber unbewiesen. Aufgrund des übereinstimmenden Vortrags der Parteien, aber auch nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht fest, dass die Antragsgegnerin sich im Jahr 1989 aufgrund der Marktverhältnisse (allerdings infolge einer im wirtschaftlichen Ergebnis wohl unzutreffenden Prognose) aus freien Stücken dazu entschlossen hatte, den Geschäftszweig der Produktion und des Vertriebs von regenerativen Wärmetauschern aufzugeben, auch wenn sie sich von diesem Geschäft im Jahr 1989 tatsächlich noch nicht vollständig zurückgezogen hatte. Die Antragsgegnerin bot K. an, diesen Geschäftszweig zu übernehmen. K., repräsentiert durch den auf dem Gebiet der Regenerativwärmetauscher tätigen Zeugen V., war daran interessiert, das ingenieurtechnische Wissen der Antragsgegnerin, welches ihr bei Preisangeboten einen fühlbaren wettbewerblichen Vorsprung sicherte, kennen zu lernen und für das Geschäft von K. nutzbar zu machen. Zu diesem Zweck fand man zu der Rechtsform der Erteilung einer ausschließlichen Lizenz über das im Unternehmen der Antragsgegnerin verfügbare technische Know-how. Der Abschluss eines Lizenzvertrages war von beiden Parteien tatsächlich gewollt. Ihm entsprach ein im Unternehmen der Antragsgegnerin in der Form qualifizierten Ingenieurwissens tatsächlich vorhandenes Know-how. Von einem - wie die Antragsgegnerin behauptet - Scheincharakter der Lizenzierung kann unter diesen Umständen nicht gesprochen werden. Dies ist im vorstehenden Zusammenhang anhand der Aussagen der Zeugen M., V. und Dr. S. bereits näher ausgeführt und begründet worden. Hierauf wird zur Vermeidung einer Wiederholung verwiesen (siehe oben unter 1., S. 9 bis 12). Die Abrede des Wettbewerbsverbots ist deshalb im Zusammenhang mit der Erteilung der Lizenz zu sehen und rechtlich zu würdigen. Die Antragstellerin war daran interessiert, eine von einer Konkurrenz durch die Antragsgegnerin ungestörte Verwertung des lizenzierten Know-how sicher zu stellen, zumal sie (wenn man den auf den käuflichen Erwerb der Fabrikationsanlage von B. entfallenden Teilbetrag von 2.000.000 DM in Abzug bringt) als Gegenleistung für die Erteilung der Lizenz den namhaften Betrag von 11.000.000 DM aufbringen sollte. Aus diesem Grund sollte durch das Wettbewerbsverbot gesichert werden, dass die Antragsgegnerin sich aus dem Absatzmarkt für regenerative Wärmetauscher für die Dauer der Lizenzgewährung heraushielt. Dies ist in der Entscheidung des Schiedsgerichts

genauso bewertet worden (vgl. die Übersetzung des Schiedsspruchs S. 74). Tatsächlich verhielt es sich folglich genau umgekehrt wie die Antragsgegnerin behauptet. Es ging der Antragstellerin in erster Linie nicht darum, die Antragsgegnerin vom Markt fernzuhalten, sondern um eine Nutzung ihres ingenieurtechnischen Wissens bei der Herstellung und beim Absatz von regenerativen Wärmetauschern. Mit der Abrede eines Wettbewerbsverbots verfolgte sie demnach keinen Selbstzweck, sondern ein die Lizenzierung flankierendes Sicherungsinteresse. Die von der Antragsgegnerin vertretene gegenteilige Sachdarstellung ist damit widerlegt, zumindest jedoch nicht erwiesen.

Die in der Verordnung Nr. 556/89 genannten Voraussetzungen für eine Freistellung des Lizenzvertrages der Parteien sind gegeben. Die Parteien haben ausweislich ihrer Vereinbarung vom 29.11.1989 eine Know-how-Vereinbarung geschlossen, die gemäß Art. 1 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 der Verordnung die verabredeten Wettbewerbsbeschränkungen enthalten durfte. Das lizenzierte Know-how war im Sinn der Verordnung "geheim", "wesentlich" und "identifiziert" (vgl. dazu Art. 1 Abs. 7 Nr. 1 bis 4 der Verordnung). Dass das lizenzierte Ingenieurwissen der Antragsgegnerin als geheim (d.h. nicht allgemein bekannt oder leicht zugänglich) und als wesentlich einzustufen war (als nützlich und wichtig für die Herstellung mit der Folge, dass von einer Kenntnis Vorteile im Wettbewerb zu erwarten waren), geht aus den oben zu 1. getroffenen Feststellungen hervor. Diese Feststellungen beruhen auf den Bekundungen der Zeugen M., V. und Dr. S.. Insoweit ist namentlich die anschauliche Aussage des Zeugen V. für glaubhaft und richtig zu halten. Die Bekundungen des Zeugen V. werden zudem durch den Inhalt der Aussagen der Zeugen M. und Dr. S. ergänzt und bekräftigt. Auch der Zeuge M. hat das Vorhandensein eines die Ingenieurtechnik betreffenden und geheimgehaltenen Know-how im Unternehmen der Antragsgegnerin keineswegs in Abrede gestellt, sondern in der Sache vielmehr bestätigt. Das Know-how war im Sinn der in Art. 1 Abs. 7 Nr. 4 der Verordnung Nr. 556/89 enthaltenen Definition zumindest auch identifizierbar. Eine Identifikation war aufgrund der als Anlage zur Vereinbarung vom 29.11.1989 genommenen Aufstellung in Verbindung mit den grundsätzlichen und auftragsbezogenen Dokumentationen möglich, welche die Antragsgegnerin der Antragstellerin ausgehändigt hat. Ergänzend ist insoweit darauf hinzuweisen, dass das Erfordernis der Bestimmbarkeit gemäß dem Wortlaut der Verordnung (nur) dazu dienen soll zu überprüfen, ob die Kriterien "geheim" und "wesentlich" erfüllt sind, sowie im Übrigen sicher zu stellen, dass der Know-how-Nehmer bei der Nutzung seiner eigenen Technologie nicht unangemessenen Beschränkungen unterworfen wird. Diese Zwecke waren erfüllt.

39

Der von der Antragsgegnerin demgegenüber vertretenen Auffassung, die Vereinbarung der Parteien sei nicht als eine Lizenzierung von Know-how, sondern als die Vollübertragung eines Know-how im Sinn von Art. 6 Nr. 2 der Verordnung Nr. 556/89 zu bewerten, ist nicht beizupflichten. Das Know-how sollte der Antragstellerin nach dem klaren und eindeutigen Wortlaut der Vereinbarung nur für eine Dauer von zehn Jahren, also auf Zeit, überlassen sein, ihr jedoch nicht endgültig übertragen werden. Der Umstand, dass die Parteien eine Rückgewähr übergebener Unterlagen nach Ablauf des Vertrages nicht verabredet haben, macht die Lizenz im Rechtssinn zu keiner (endgültigen) Übertragung von Know-how. Auch eine lizenzweise Überlassung von Know-how ist in der Praxis tatsächlich oft nicht mehr rückgängig zu machen. Diese (im Übrigen auch in der Verordnung Nr. 556/89 gesehene; vgl. den Erwägungsgrund 1) Tatsache rechtfertigt es jedoch nicht, einen Lizenzvertrag, der faktisch möglicherweise nicht mehr rückgängig gemacht werden kann, im Rechtssinn allein aus diesem Grund als einen Übertragungsakt zu qualifizieren.

40

Der Antragsgegnerin ist ebenso wenig in der Meinung zu folgen, der vorliegende Lizenzvertrag sei einer Freistellung vom gemeinschaftsrechtlichen Kartellverbot entzogen,

41

weil ihr darin Beschränkungen der in Art. 3 Nr. 9 der Verordnung Nr. 556/89 genannten Art auferlegt worden seien. Art. 3 Nr. 9 der Verordnung bestimmt lediglich, dass die Art. 1 und 2 nicht gelten, sofern ein Vertragspartner im Lizenzvertrag mit einem allgemeinen Wettbewerbsverbot belegt wird (vgl. Langen/Jaestedt, Art. 81 EG, Fallgruppen Rn. 273 - insoweit zu der im selben Sinn zu verstehenden Vorschrift des Art. 3 Nr. 2 der Nachfolgeverordnung Nr. 240/96 der Kommission vom 31.1.1996). Ein umfassendes Wettbewerbsverbot ist im Vertrag nicht vereinbart worden. Das verabredete Verbot sollte nur für den Lizenzgegenstand gelten, mithin für den Bau und Vertrieb von regenerativen Wärmetauschern, die mit dem lizenzierten ingenieurtechnischen Wissen (Know-how) der Antragsgegnerin hergestellt würden.

4. Eine Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs ist auch mit nationalem Kartellrecht zu vereinbaren. Die (in die Zeit nach Inkrafttreten der 6. GWB-Novelle hinüberreichende) Vereinbarung der Parteien verstößt nicht gegen § 1 GWB in seiner alten und neuen Fassung. § 1 GWB ist im Schiedsspruch ebenso wenig fehlerhaft angewandt worden. Nach der früheren Fassung von § 1 Satz 1 GWB waren unter anderem Verträge, die Unternehmen zu einem gemeinsamen Zweck schlossen, unwirksam, soweit sie geeignet waren, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen. Gemäß der Neufassung von § 1 GWB sind unter anderem Vereinbarungen zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, verboten. 42

Der weiteren Sachbehandlung ist der Hinweis voranzustellen, dass die (inzwischen durch Zeitablauf beendete) Vereinbarung der Parteien vom 29.11.1989 mit Blick auf die Lizenzierung von Know-how sowohl einen Leistungsaustausch zum Gegenstand hatte als auch den Charakter einer sog. Horizontalvereinbarung zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen besaß. Die Antragstellerin, der die Mittlerrolle zukam, für die ihr durch Lizenzverträge verbundenen und im operativen Geschäft der Fertigung und des Vertriebs von regenerativen Wärmetauschern tätigen Unternehmen Lizenzgeberin - und zwar auch für das von der Antragsgegnerin überlassene Know-how - zu sein, ist im Rahmen der kartellrechtlich gebotenen funktionalen Betrachtung wie ein Wettbewerber der Antragsgegnerin anzusehen und zu behandeln. 43

Zu § 1 GWB a.F. hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass bei Austauschvereinbarungen mit wettbewerbsbeschränkendem Inhalt eine Vereinbarung immer dann zu einem gemeinsamen Zweck geschlossen worden sei, wenn für die vereinbarte Beschränkung bei wertender Betrachtungsweise mit Blick auf die Freiheit des Wettbewerbs kein anzuerkennendes Interesse bestehe (vgl. BGH WuW/E BGH 3115, 3118 - Druckgussteile; WuW/E BGH 3121, 3125 - Bedside-Testkarten; WuW/E BGH 3137, 3138 - Solelieferung; WuW/E DE-R 131, 133 - Subunternehmervertrag I; WuW/E DE-R 505 f. - Subunternehmervertrag II). Nach den Entscheidungen "Verbundnetz I" (NVwZ 2000, 833 = WRP 2000, 196, 199) und "Verbundnetz II" des Bundesgerichtshofs (NVwZ 2003, 1140, 1142 m.w.N.) ist diese Abgrenzungsformel infolge der Neufassung von § 1 GWB nicht bedeutungslos geworden. Sie ist vielmehr immer dann heranzuziehen, wenn eine - wettbewerbsbeschränkende Abreden enthaltende - Vereinbarung zur Überprüfung steht, bei der es sich sowohl um eine Vertikalvereinbarung - also um einen Vertrag, der einen Leistungsaustausch zum Gegenstand hat - als auch um einen Vertrag handelt, der zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen geschlossen worden ist. Ist das anzuerkennende Interesse zu bejahen, führt dies dazu, dass § 1 GWB nicht anwendbar ist, mögen die Vertragspartner auch miteinander im Wettbewerb stehen. Dabei ist die 44

Abgrenzungsformel so gefasst, dass nicht allein die für das Austauschverhältnis funktionsnotwendigen Wettbewerbsbeschränkungen ein anzuerkennendes Interesse begründen können, sondern auch beschränkende Abreden, mit denen ein berechtigtes und mit der Zielrichtung des Gesetzes nicht in Konflikt stehendes Interesse verfolgt wird. Hieraus folgt, dass Vereinbarungen, die sowohl vertikale, einen Leistungsaustausch betreffende, als auch eine Wettbewerbsbeschränkung im Horizontalverhältnis beinhalten, zunächst nach § 1 GWB n.F. zu überprüfen sind. Ergibt sich hierbei, dass es sich um einen wettbewerbsbeschränkenden Vertrag zwischen Wettbewerbern handelt und kann für die beschränkende Abrede kein das Austauschverhältnis förderndes anzuerkennendes Interesse gefunden werden, bleibt es bei der Anwendung des § 1 GWB. Für eine Anwendung der §§ 14 ff. GWB ist dann kein Raum. Ist ein anzuerkennendes Interesse dagegen zu bejahen, führt dies dazu, dass der Vertrag ausschließlich als Vertikalvereinbarung zu behandeln ist und allein dem Regime der §§ 14 ff. GWB unterliegt (BGH NVwZ 2003, 1140, 1142 - Verbundnetz II).

Im vorliegenden Fall bestand für die Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots in der Vereinbarung vom 29.11.1989 ein anzuerkennendes Interesse der Antragstellerin. Die Vereinbarung ist demnach zu keinem gemeinsamen Zweck im Sinn von § 1 GWB a.F. abgeschlossen worden. Das anzuerkennende Interesse der Antragstellerin lag in der als legitim anzusehenden Absicht begründet, eine von einer Konkurrenz durch die Antragsgegnerin ungestörte Ausnutzung des lizenzierten Know-how sicher zu stellen. Auf die diesbezüglichen Ausführungen im vorstehenden Abschnitt des Beschlusses wird verwiesen. Die Auffassung der Antragsgegnerin, wonach für die Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots ein Interesse nur in einem zeitlichen Höchstmaß von zwei Jahren anzuerkennen sei, trifft auf den vorliegenden Fall nicht zu. Das der Antragsgegnerin auferlegte Wettbewerbsverbot war mit der auf die Dauer von zehn Jahren befristeten Gewährung einer ausschließlichen Know-how-Lizenz für die Antragstellerin verknüpft. Dies bedeutet, dass für das Wettbewerbsverbot ein aner kennenswerter Grund bestand, solange die Lizenz in Kraft war. Das folgt allein aus dem Ausschließlichkeitscharakter, den die Lizenzierung nach dem Willen der Parteien haben sollte. 45

Da die Lizenz ein anzuerkennendes Interesse der Antragstellerin an einem die Antragsgegnerin treffenden Wettbewerbsverbot begründete, unterfiel die Vereinbarung vom 29.11.1989 nach der Neufassung des Gesetzes ebenso wenig dem Kartellverbot des § 1 GWB n.F.. Die Vereinbarung der Parteien war damit in kartellrechtlicher Hinsicht allein den §§ 14 ff. GWB n.F. unterstellt. Ein Verstoß gegen § 17 Abs. 1 GWB in Verbindung mit § 18 Nr. 1 GWB n.F. ist indessen zu verneinen, da hiervon lediglich Beschränkungen des Lizenznehmers, nicht hingegen Lizenzgeberbeschränkungen erfasst werden. 46

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 1064 Abs. 2 und 3 ZPO. 47

Streitwert für das Verfahren: bis 3.200.000 Euro 48

a. W. 49