Gericht:	OLG Frankfurt 26. Zivilsenat
Entscheidungsdatum:	11.02.2021
Aktenzeichen:	26 SchH 2/20
ECLI:	ECLI:DE:OLGHE:2021:0211.26SCHH2.20.00
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	HESSEN
Normen:	Art 267 AEUV, Art 344 AEUV

Unvereinbarkeit einer in einem bilateralen Investitionsabkommen enthaltenen Schiedsklausel mit Unionsrecht

Leitsatz

Die in Art. 9 Abs. 2 des Abkommens zwischen der Republik Österreich und der Republik Kroatien über die Förderung und den Schutz von Investitionen vom 19.2.1997 enthaltene Zuweisung von Investitionsstreitigkeiten an ein Schiedsgericht verstößt gegen Unionsrecht.

Anmerkung

Zu dieser Entscheidung gibt es eine Pressemitteilung auf der Webseite des OLG (www.olg-frankfurt-justiz.hessen.de).

Tenor

Es wird festgestellt, dass das von den Antragsgegnerinnen mit Schiedsverfahrensanzeige vom 14. Februar 2020 gegen die Antragstellerin eingeleitete schiedsrichterliche Verfahren unzulässig ist.

Die Antragsgegnerinnen haben die Kosten des Verfahrens zu tragen.

Der Gegenstandswert des Verfahrens wird auf 5,2 Mio. Euro festgesetzt.

Gründe

I.

Die Antragstellerin begehrt die Feststellung der Unzulässigkeit eines schiedsrichterlichen Verfahrens, das die Antragsgegnerinnen aufgrund des Abkommens zwischen der Republik Österreich und der Republik Kroatien über die Förderung und den Schutz von Investitionen (im Folgenden: BIT) vom 19.02.1997 gegen die Antragstellerin eingeleitet haben.

Die Antragstellerin ist seit dem 01.07.2013 Mitgliedstaat der EU.

Die Antragsgegnerin zu 1. ist eine österreichische Bank in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft nach österreichischem Recht. Sie ist alleinige Gesellschafterin der Antragsgegnerin zu 2., einer kroatischen Bank in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft nach

kroatischem Recht. Beide Antragsgegnerinnen erbringen u.a. auch im kroatischen Markt Finanzdienstleistungen.

Die Antragsgegnerinnen haben mit Schiedsverfahrensanzeige vom 14.02.2020 (Anlage AST 1) unter Berufung auf das zwischen der Republik Österreich und der Antragstellerin geschlossene BIT ein Schiedsverfahren gegen die Antragstellerin eingeleitet. Gegenstand des Schiedsverfahrens ist ein von den Antragsgegnerinnen geltend gemachter Schadensersatzanspruch, der sich auf eine von der Antragstellerin vorgenommene Änderung des kroatischen Insolvenzrechts und die Behauptung einer systematischen Verweigerung von Rechtsschutz durch die kroatischen Gerichte stützt.

Das zwischen der Republik Österreich und der Antragstellerin geschlossene BIT enthält u.a. folgende Regelungen:

„Artikel 9
Beilegung von Investitionsstreitigkeiten

(1) Entstehen zwischen einer Vertragspartei und einem Investor der anderen Vertragspartei Streitigkeiten aus einer Investition, so werden diese so weit wie möglich zwischen den Streitparteien freundschaftlich beigelegt.

(2) Kann eine Streitigkeit gemäß Absatz 1 dieses Artikels nicht innerhalb von drei Monaten ab einer schriftlichen Mitteilung hinreichend bestimmter Ansprüche beigelegt werden, wird die Streitigkeit auf Antrag der Vertragspartei oder des Investors der anderen Vertragspartei den folgenden Verfahren unterworfen:
[…].

b) einem Schiedsverfahren durch drei Schiedsrichter in Übereinstimmung mit den UNCITRAL-Schiedsregeln in der jeweils zum Zeitpunkt des Antrages auf Einleitung des Schiedsverfahrens nach der letzten von beiden Vertragsparteien angenommenen Abänderung geltenden Fassung. Im Falle eines Schiedsverfahrens stimmt jede Vertragspartei durch dieses Abkommen auch in Ermangelung einer individuellen Schiedsvereinbarung zwischen der Vertragspartei und dem Investor unwiderruflich im Vorhinein zu, jede solche Streitigkeit dem genannten Schiedsgericht zu unterbreiten.

(3) Der Schiedsspruch ist endgültig und bindend; er wird in Übereinstimmung mit dem innerstaatlichen Recht vollstreckt; jede Vertragspartei hat die Anerkennung und Durchsetzung des Schiedsspruches in Übereinstimmung mit ihren einschlägigen Gesetzen und Rechtsvorschriften zu gewährleisten.

[…]

Artikel 11
Anwendung des Abkommens

(1) Dieses Abkommen findet auf Investitionen Anwendung, die Investoren der einen Vertragspartei in Übereinstimmung mit den Rechtsvorschriften der anderen Vertragspartei in deren Hoheitsgebiet sowohl vor als auch nach dem Inkrafttreten dieses Abkommens getätigt haben, […]

(2) die Vertragsparteien sind durch dieses Abkommen nicht gebunden, soweit es mit dem jeweils geltenden Rechtsbestand der Europäischen Union (EU) unvereinbar ist.

[…]“

Anstelle einer Darstellung weiterer Einzelheiten wird auf das BIT (Anlage AST 3) Bezug genommen.

Die Antragstellerin hat mit Schreiben vom 01.04.2020 (Anlage AST 6) ein Angebot der Antragsgegnerinnen auf Vereinbarung des Schiedsorts Frankfurt am Main angenommen, nachdem sie die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts gegenüber den Antragsgegnerinnen zuvor bereits mit Schreiben vom 21.01.2020 (Anlage AST 5) sowie nochmals unmittelbar nach der Einleitung des Schiedsverfahrens bestritten hatte.

Die Antragstellerin macht geltend, dass das von den Antragsgegnerinnen eingeleitete Schiedsverfahren unzulässig sei, weil das in Art. 9 Abs. 2 b) BIT enthaltene Schiedsangebot seit dem Beitritt der Antragstellerin wegen eines evidenten Verstoßes gegen das Unionsrecht nicht mehr anwendbar sei und damit keine wirksame Schiedsvereinbarung vorliege. Die Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache Achmea (Urteil vom 06.03.2018, C-284/16) sei vollständig auf das vorliegende Verfahren übertragbar und gelte für sämtliche Intra-EU-BITs. Der EuGH stütze seine Argumentation in dieser Entscheidung hauptsächlich auf allgemeine Grundsätze des EU-Rechts und verweise insbesondere auf die Autonomie des Unionsrechts gegenüber nationalem und internationalem Recht, seine Verfassungsstruktur sowie das Prinzip des gegenseitigen Vertrauens und der loyalen Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten. Art. 9 Abs. 2 b) BIT verstoße gegen die Autonomie des Unionsrechts, da nach dieser Regelung ein Schiedsgericht für einen Mitgliedstaat - unter zwingender Anwendung von Unionsrecht - verbindlich entscheide, ohne dass ihm dabei die Möglichkeit zur Verfügung stehe, ein Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV beim EuGH einzuleiten. Der EuGH ziele mit der Achmea-Entscheidung darauf ab, seine Auslegungshoheit allgemein und allumfassend zu bewahren und zwischengerichtlicher Konkurrenz in Unionsrechtsfragen vorzubeugen. Dabei gehe er von einem weiten Verständnis des Autonomieprinzips aus, nach dem bereits der Verweis von Streitigkeiten an ein Investor-Staat-Schiedsgericht als Verletzung der Autonomie des Unionsrechts zu qualifizieren sei, sofern die Auslegung oder Anwendung des Unionsrechts betroffen sein könne. Die Auslegungshoheit des EuGH sei danach bereits dann beeinträchtigt bzw. bedroht, wenn eine Anwendung und Auslegung von Unionsrecht durch ein Investitionsschiedsgericht lediglich abstrakt möglich sei. Für eine Verletzung der Autonomie des Unionsrechts sei es bereits ausreichend, dass durch ein Investitionsschiedsgericht nur eine das Unionsrecht betreffende Vorfrage behandelt werde. Es komme dagegen weder darauf an, ob ein Intra-EU-BIT das Recht des Gastgeberstaates als anwendbares Recht vorschreibe oder nicht, noch sei maßgeblich, ob das Unionsrecht für ein Investitionsschiedsgericht überhaupt anwendbares Recht sei. Ausreichend sei nach der Achmea-Entscheidung des EuGH bereits, dass der Investor-Staat-Streitbeilegungsmechanismus die Möglichkeit biete, ein mitgliedstaatliches Gericht von dessen Befassung auszuschließen. Daraus folge, dass bereits das Bestehen einer Investor-Staat-Schiedsklausel in einem völkerrechtlichen Vertrag zwischen zwei Mitgliedstaaten den Grundsatz der Autonomie des Unionsrechts beeinträchtige.

Die Beeinträchtigung des Unionsrechts durch Art. 9 Abs. 2 b) BIT führe wegen des Vorrangs des Unionsrechts dazu, dass dem Angebot eines Mitgliedstaates auf Abschluss einer Schiedsvereinbarung keine Wirkung mehr zukommen könne und es an einem Angebot zum Abschluss einer Schiedsvereinbarung fehle.

Es bestünden im Rahmen eines Intra-EU-Investitionsschiedsverfahrens auch keine ausreichenden rechtlichen Möglichkeiten, Fragen der Auslegung und Anwendung des Unionsrechts durch den EuGH prüfen zu lassen. Insbesondere verfüge ein Investor-Staat-Schiedsgericht über keinen direkten Zugang zum Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV. Dies gelte - wie sich aus der Achmea-Entscheidung des EuGH und dem Beschluss des BGH vom 31.10.2018 (I ZB 2/15) ergebe - auch hinsichtlich der Rechtslage nach deutschem Schiedsverfahrensrecht. Nicht ausreichend seien Vorlagemöglichkeiten im Rahmen von Entscheidungen staatlicher Gerichte nach § 1040 Abs. 3 S. 2 ZPO und den §§ 1059, 1060 ZPO. Es genüge zur Sicherung der einheitlichen Auslegung und der effektiven Anwendung des Unionsrechts auch nicht, dass das deutsche Recht einem Schiedsgericht grundsätzlich die Möglichkeit eröffne, im Rahmen des § 1050 ZPO auf die Unterstützung eines staatlichen Gerichts zurückzugreifen.

Entgegen der Rechtsauffassung der Antragsgegnerinnen sei das Unionsrecht, einschließlich der Grundsätze seiner Autonomie und seines Vorrangs auch Teil des anwendbaren Rechts in dem von den Antragsgegnerinnen eingeleiteten Schiedsverfahren. Art. 11 Abs. 2 BIT konstituiere eine eindeutige Pflicht, dem Unionsrecht Vorrang vor allen anderen Bestimmungen des BIT einzuräumen, die mit dem EU-Recht unvereinbar seien. Konkret beinhalte die Vorschrift eine Kodifizierung des allgemeinen Grundsatzes des Vorrangs des Unionsrechts. Darüber hinaus bestimme die Regelung das Unionsrecht auch ausdrücklich zum anwendbaren Recht, da die Vorschrift vom Schiedsgericht jeweils die Ermittlung der aus dem BIT und dem Unionsrecht fließenden Rechte und Pflichten der Vertragsstaaten verlange, um überhaupt eine Vorschrift des BIT anwenden zu können bzw. nicht anzuwenden.

Der EuGH habe in seinem Gutachten vom 30.04.2019 zu CETA (Avis 1/17) den Anwendungsbereich des Achmea-Urteils weiter präzisiert und insbesondere betont, dass jedes Intra-EU-Investitionsschiedsverfahren gegen den Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten verstoße und daher mit dem Unionsrecht unvereinbar sei. Selbst wenn ein Investor-Staat-Schiedsgericht Unionsrecht nach dem CETA-Vertragstext nicht als Unionsrecht, sondern als Tatsache anwenden und auslegen solle, habe der EuGH in dem Gutachten für ein internationales Abkommen Schutzvorkehrungen verlangt, um das Schutzniveau eines öffentlichen Interesses, das zur Einführung von Beschränkungen unternehmerischer Freiheiten durch die Union geführt hat, nicht durch die Rechtsprechungstätigkeit eines Investor-Staat-Schiedsgerichts in Frage zu stellen. Der Text des BITs enthalte keine mit dem Text des CETA vergleichbaren Schutzvorkehrungen, obwohl im drittstaatlichen Verhältnis keine höheren Ansprüche an die Ausgestaltung von Streitbeilegungsmechanismen außerhalb des EU-Gerichtssystems gestellt werden könnten als im EU-Kontext.

Die Antragstellerin sei entgegen der Rechtsauffassung der Antragsgegnerinnen auch nicht nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB daran gehindert, sich auf die Unwirksamkeit der Schiedsabrede zu berufen. Es fehle bereits an einem für die Anwendung von Treu und Glauben erforderlichen Vertrauenstatbestand. Die Antragsgegnerinnen hätten bereits vor dem Beitritt der Antragstellerin zur EU berücksichtigen müssen, dass das Unionsrecht als vorrangig geltendes Recht die Anwendbarkeit der im BIT enthaltenen Bestimmungen beeinflussen könnte. Die Antragstellerin verhalte sich nach ihrem Beitritt zur EU auch unionsrechtstreu, indem sie sich auf die Unwirksamkeit der Streitbeilegungsklausel des BIT berufe, und verstoße damit gerade nicht gegen Treu und Glauben.

Entgegen der Darstellung der Antragsgegnerinnen lägen auch keine außergewöhnlichen Umstände vor, die eine Ausnahme vom Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens rechtfertigen könnten. Vielmehr ergebe sich aus der Achmea-Entscheidung, dass im Bereich des gerichtlichen Kooperationsverhältnisses zwischen dem EuGH und den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten kein Raum für Ausnahmen von dem Grundsatz gegenseitigen Vertrauens bestehe. Darüber hinaus fehle es auch an den Voraussetzungen für eine Annahme von außergewöhnlichen Umständen. Insbesondere seien die Ausführungen der Antragsgegnerinnen zu angeblichen Mängeln des kroatischen Justizsystems und das dazu von den Antragsgegnerinnen vorgelegte Rechtsgutachten für den vorliegenden Fall ohne Relevanz und gäben die rechtspolitische Situation in Kroatien falsch wieder.

Die Antragstellerinnen beantragen,

> festzustellen, dass das mit der Schiedsverfahrensanzeige der Antragsgegnerinnen vom 14. Februar 2020 eingeleitete schiedsrichterliche Verfahren unzulässig ist.

Die Antragsgegnerinnen beantragen,

> 1. dem EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV die Frage vorzulegen, ob Art. 9 Abs. 2 b) des BIT vom 19.02.1997 mit Unionsrecht vereinbar ist.
>
> 2. hilfsweise zu 1., den Antrag der Antragstellerinnen auf Feststellung der Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerinnen berufen sich darauf, dass Art. 9 Abs. 2 b) BIT mit Unionsrecht vereinbar sei. Die Frage der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Schiedsverfahrens gemäß § 1032 Abs. 2 ZPO bestimme sich allein nach dem Inhalt des BIT und den völkerrechtlichen Auslegungs- und Gültigkeitsregeln der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVRK). Da das BIT von den Vertragsparteien weder beendet noch gekündigt worden sei, könne sich eine Unzulässigkeit des Schiedsverfahrens in Anwendung der WVRK allein aus einer Unvereinbarkeit des Art. 9 Abs. 2 b) BIT mit dem Unionsrecht ergeben. Eine solche Unvereinbarkeit bestehe aber nicht. Insbesondere sei die Achmea-Entscheidung des EuGH auf die vorliegende Fallkonstellation nicht übertragbar, weil der EuGH nur wegen der Besonderheiten des Art. 8 BIT Niederlande/Slowakei in einer Gesamtschau zu dem Ergebnis gekommen sei, dass diese Bestimmung unionsrechtswidrig sei. Maßgebend gewesen seien dabei für den EuGH die zwingende Anwendung von Unionsrecht durch das Schiedsgericht, die fehlende Befugnis des Schiedsgerichts zur Durchführung eines Vorabentscheidungsverfahrens und die Abhängigkeit des Rechtsschutzes von der Sitzwahl des Schiedsgerichts. Demgegenüber führe die vorzunehmende Gesamtbetrachtung im vorliegenden Fall dazu, dass Art. 9 Abs. 2 b) BIT mit Unionsrecht vereinbar sei.

Die Achmea-Entscheidung des EuGH beruhe auf einer genauen Analyse der Rechtswahlklausel im BIT Niederlande/Slowakei, nach der das Schiedsgericht das Unionsrecht im konkreten Fall hätte auszulegen oder sogar anwenden müssen. Im Unterschied dazu habe ein nach dem vorliegenden BIT angerufenes Schiedsgericht ausschließlich das BIT und allgemeine Grundsätze des Völkerrechts anzuwenden. Es bestehe daher kein Risiko, dass von dem Schiedsgericht auch Unionsrecht auszulegen oder sogar anzuwenden sei. Art. 11 Abs. 2 BIT führe nicht dazu, dass das Schiedsgericht Unionsrecht anzuwen-

den oder auszulegen habe. Vielmehr habe das Schiedsgericht das Unionsrecht nach dieser Bestimmung nur als Tatsache festzustellen, um prüfen zu können, ob eine Bestimmung des BIT mit Unionsrecht unvereinbar sei. Dieses Verständnis entspreche dem völkerrechtlichen Grundsatz der systematischen Integration im Sinne von Art. 31 Abs. 3 c) WVRK, da sich Art. 11 Abs. 2 BIT auf diese Weise zwanglos so auslegen lasse, dass kein Widerspruch zum AEUV, insbesondere hinsichtlich der Art. 267 und 344 AEUV, entstehe. Damit übereinstimmend habe der EuGH im CETA-Gutachten festgestellt, dass es dem Unionsrecht nicht widerspreche, wenn ein Gericht außerhalb des Justizsystems der EU die Vereinbarkeit einer Maßnahme der EU oder eines Mitgliedstaates mit dem CETA-Abkommen beurteile, weil es dabei die Tragweite dieser Maßnahme nur als Tatsache ermittele. Im Übrigen entspreche es auch der Judikatur internationaler Schiedsgerichte, dass Unionsrecht nur als Tatsache zu berücksichtigen sei. Art. 11 Abs. 2 BIT treffe mit der Regelung, dass das Abkommen nicht im Widerspruch zum Unionsrecht auszulegen und anzuwenden sei, nur eine Bestimmung zur Auslegung und Anwendung des BIT. Für einen Verstoß gegen das Unionsrecht sei es aber nicht ausreichend, dass ein Schiedsgericht das EU-Recht lediglich als Kriterium für die Auslegung einer nicht zum EU-Recht gehörenden Bestimmung zu berücksichtigen habe.

Es gebe entgegen der Rechtsauffassung der Antragstellerin auch keinen allgemeinen Anwendungsvorrang des Unionsrechts für eine durch das Unionsrecht geregelte Materie. Vielmehr stehe es den Mitgliedstaaten frei, z. B. die Kapitalverkehrsfreiheit liberaler oder die Vorschriften über den Marktmissbrauch strenger als im Unionsrecht zu regeln. Im Übrigen betreffe Art. 11 BIT seiner Überschrift nach nur die „Anwendung des Abkommens“ und nicht das auf das Abkommen anwendbare Recht. Dies gelte sowohl hinsichtlich des in Art. 11 Abs. 1 BIT geregelten Anwendungsbereichs des BITs auf Investitionen, die in Übereinstimmung mit den Rechtsvorschriften des Gaststaates getätigt worden sind, als auch hinsichtlich der in Art. 11 Abs. 2 BIT enthaltenen Regelung, nach der das BIT nicht anzuwenden ist, wenn es dem Unionsrecht widerspricht. Das Schiedsgericht habe sowohl die Übereinstimmung von Investitionen mit den Rechtsvorschriften des Gaststaates als auch die Frage eines Widerspruchs des BITs zu Unionsrecht nur als Tatsachenfrage zu prüfen, die mit ja oder nein zu beantworten sei. Aus der Achmea-Entscheidung des EuGH ergebe sich in dieser Hinsicht nichts Abweichendes, da die Entscheidung gerade nicht besage, dass Schiedsklauseln unabhängig von dem Recht, welches das Schiedsgericht anzuwenden habe, zum Unionsrecht in Widerspruch stünden.

Es komme hinzu, dass für ein nach Art. 9 Abs. 2 b) BIT gebildetes Schiedsgericht eine Verpflichtung bestehe, auf einen wirksamen und vollstreckbaren Schiedsspruch hinzuwirken. Das Schiedsgericht sei danach zunächst verpflichtet, einen Sitz in einem der Mitgliedstaaten der EU zu wählen, damit sichergestellt sei, dass in einem etwaigen Rechtshilfe-, Aufhebungs- oder Vollstreckbarerklärungsverfahren das dann zuständige staatliche Gericht auch das Unionsrecht anwende und gegebenenfalls nach Art. 267 AEUV vorlege. Die Möglichkeit des Schiedsgerichts, eine Vorlage an den EuGH zu veranlassen, ergebe sich daraus, dass die Schieds- und Zivilverfahrensgesetze zahlreicher EU-Mitgliedstaaten Rechtshilfeersuchen an die staatlichen Gerichte vorsähen. Insbesondere stünde dem Schiedsgericht und den Schiedsparteien nach deutschem Recht der Weg über § 1050 ZPO offen, um dem EuGH über das staatliche Gericht Fragen zur Anwendung oder Auslegung des Unionsrechts vorzulegen. Hilfsweise ergebe sich in Übereinstimmung mit dem CETA-Gutachten des EuGH eine Kompetenz des Schiedsgerichts, das Unionsrecht auf andere Weise selbst als Tatsache zu ermitteln. Bei einer Verletzung der Verpflichtung des Schiedsgerichts zur Feststellung des Unionsrechts oder zur Veran-

lassung einer Vorlage nach § 1050 ZPO bestünden nach deutschem Recht Aufhebungsgründe gemäß § 1059 Abs. 2 ZPO. Außerdem läge im Geltungsbereich des UN-Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10.06.1958 gegebenenfalls ein Vollstreckungsversagungsgrund nach Art. V Abs. 1 und 2 des Übereinkommens vor. Die Letztentscheidungskompetenz des EuGH sei daher bei zusammenfassender Bewertung sichergestellt.

Die Antragsgegnerinnen meinen, dass die Achmea-Entscheidung des EuGH in der vorliegenden Fallkonstellation auch deshalb nicht anwendbar sei, weil die Grundsätze der loyalen Zusammenarbeit und des gegenseitigen Vertrauens wegen außergewöhnlicher Umstände im konkreten Fall nicht zur Anwendung kämen und sichergestellt sei, dass das Schiedsgericht Fragen der Anwendung und Auslegung von Unionsrecht mit Hilfe der deutschen Gerichte dem EuGH vorlegen werde. Der EuGH hebe in der Achmea-Entscheidung den Grundsatz gegenseitigen Vertrauens und der Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur loyalen Zusammenarbeit sowie zur Anwendung und Wahrung des Unionsrechts hervor. Der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens gelte aber auch nach der Rechtsprechung des EuGH nicht unbedingt, sondern sei bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände nicht anwendbar. Außergewöhnliche Umstände ergäben sich im Hinblick auf eine mangelnde Unabhängigkeit der kroatischen Richter sowie daraus, dass das kroatische Justizsystem schwerwiegende strukturelle Mängel aufweise und deshalb das schlechteste in der EU sei. Darüber hinaus missachteten insbesondere die letztinstanzlichen kroatischen Gerichte systematisch und eklatant die sich aus Art. 267 AEUV ergebenden Vorlagepflichten. So hätten die obersten kroatischen Gerichte bis zum 01.10.2020 in einer zivilrechtlichen Sache noch nie ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 287 AEUV an den EuGH gerichtet, obwohl sie dazu ganz offensichtlich in verschiedenen Fällen verpflichtet gewesen seien. Den Antragsgegnerinnen sei in Kroatien das Recht auf ein faires Verfahren genommen worden, da sie durch die Änderung des kroatischen Insolvenzrechts (die „Lex Agrokor“) geschädigt worden seien. Das kroatische Verfassungsgericht habe bei der Anfechtung dieses Gesetzes effektiven Rechtsschutz verwehrt, indem es die ihm nach Art. 267 AEUV obliegende Pflicht, die Frage nach der Konformität mit Unionsrecht dem EuGH vorzulegen, krass verletzt habe. Darüber hinaus seien die Antragsgegnerinnen durch eine Serie von Entscheidungen des kroatischen Obersten Gerichtshofs geschädigt worden. Insbesondere habe der kroatische Oberste Gerichtshof in einer Entscheidung vom 03.09.2019 trotz substantiierten Vortrags der Antragsgegnerin zu 2. zur Unionsrechtswidrigkeit der Auslegung durch kroatische Gerichte seine Pflicht, den Fall dem EuGH gemäß Art. 267 AEUV vorzulegen, ignoriert, ohne dies zu begründen. Die Antragsgegnerinnen seien danach konkret in ihrem Grundrecht gemäß Art. 47 GRC verletzt worden. Es wird anstelle einer Darstellung weiterer Einzelheiten des Vortrags der Antragsgegnerinnen zu Mängeln des kroatischen Justizsystems auf die Schriftsätze der Antragsgegnerinnen vom 30.06.2020 und 11.11.2020 sowie das von den Antragsgegnerinnen vorgelegte Rechtsgutachten vom 30.06.2020 (Anlage GL 2 und GL 2a) nebst ergänzender Stellungnahme (Anlage GL 6) Bezug genommen.

Die Antragsgegnerinnen sind der Ansicht, dass eine Beachtung des Vorrangs des Unionsrechts wegen der Missachtung der Vorschrift des Art. 267 AEUV durch die obersten kroatischen Gerichte nur durch das nach Art. 9 BIT angerufene Schiedsgericht sichergestellt werden könne. Der EuGH müsse daher, falls es ihm mit seinem Auslegungs- und Anwendungsmonopol ernst sei, die Schiedsklausel des BIT im vorliegenden Fall als zulässig erachten.

Die Antragsgegnerinnen regen an, die Frage einer Vereinbarkeit des Art. 9 Abs. 2 b) BIT mit dem Unionsrecht dem EuGH im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV vorzulegen. Sie meinen, dass zahlreiche für die Entscheidung über den Antrag wesentliche Fragen, insbesondere auch unter Berücksichtigung der Achmea-Entscheidung, noch unbeantwortet und durch den EuGH zu klären seien.

II.

Das Oberlandesgericht Frankfurt am Main ist für die Entscheidung über den Antrag, der sich auf die Feststellung der Unzulässigkeit eines schiedsrichterlichen Verfahrens nach § 1032 Abs. 2 ZPO richtet, gemäß § 1062 Abs. 1 Nr. 2 ZPO zuständig, weil die Parteien für das Schiedsverfahren als Schiedsort Frankfurt am Main vereinbart haben.

Der Antrag auf Feststellung der Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens ist nach § 1032 Abs. 2 ZPO statthaft und zulässig. Das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis der Antragstellerin besteht, weil die Antragsgegnerinnen mit ihrer Schiedsverfahrensanzeige vom 14.02.2020 ein Schiedsverfahren eingeleitet haben. Der Antrag ist von der Antragstellerin auch rechtzeitig vor der Bildung des Schiedsgerichts gestellt worden, da die Parteien nach dem unwidersprochen gebliebenen Vortrag der Antragstellerin zunächst nur jeweils einen parteiernannten Schiedsrichter bestellt haben und sich das Schiedsgericht mangels Bestellung eines Vorsitzenden noch nicht konstituiert hat.

Der Antrag auf Feststellung der Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens hat auch in der Sache Erfolg, da zwischen den Parteien keine wirksame Schiedsvereinbarung besteht.

Dem Abschluss einer wirksamen Schiedsvereinbarung zwischen den Parteien steht entgegen, dass Art. 9 Abs. 2 BIT nach den vom Senat zu beachtenden Rechtsgrundsätzen der Entscheidung des EuGH in Sachen Achmea (Urteil vom 06.03.2018, C 284/16) gegen Unionsrecht verstößt und deshalb keine Grundlage für eine Schiedsbindung der Antragstellerin darstellen kann.

Das Urteil des EuGH in Sachen Achmea ist auch unter Berücksichtigung der darin enthaltenen einzelfallbezogenen Ausführungen zu dem zugrundeliegenden BIT als Grundsatzentscheidung zu verstehen, der eine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung für alle Intra-EU-BITs zukommt.

Nach der Würdigung des EuGH darf eine internationale Übereinkunft zwischen EU-Mitgliedstaaten die insbesondere in Art. 344 AEUV verankerte Autonomie der Rechtsordnung der Union und ihres der Gewährleistung der Kohärenz und der Einheitlichkeit der Auslegung des Unionsrechts dienenden Gerichtssystems nicht beeinträchtigen (EuGH, a.a.O., insbesondere Rn. 32 f., 35, zit. nach juris). In diesem Zusammenhang obliegt es den Mitgliedstaaten vor dem Hintergrund gemeinsamer Werte und der Existenz gegenseitigen Vertrauens bei der Anerkennung dieser Werte und der Beachtung des Unionrechts nach dem in Art. 4 Abs. 3 Unterabs. 1 EUV niedergelegten Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit, in ihrem Bereich für die Einhaltung des Unionsrechts zu sorgen (EuGH, a.a.O., Rn. 34). Innerhalb des Gerichtssystems ist es gemäß Art. 19 EUV Sache der nationalen Gerichte und des EuGH, die volle Anwendung des Unionsrechts und den Schutz der Rechte Einzelner zu gewährleisten (EuGH, a.a.O., Rn. 36). Dabei kommt dem Vorab-

entscheidungsverfahren gemäß Art. 267 AEUV bei der Gewährleistung der einheitlichen Auslegung des Unionsrechts eine Schlüsselfunktion zu (EuGH, a.a.O., Rn. 37).

Nach diesen Grundsätzen sieht der EuGH den Grundsatz gegenseitigen Vertrauens und die Autonomie des Unionsrechts durch eine in einem Intra-EU-BIT enthaltene Zuweisung von Streitigkeiten an ein Schiedsgericht beeinträchtigt, wenn das Schiedsgericht über Streitigkeiten zu entscheiden hat, die sich „auf die Auslegung oder Anwendung des Unionsrechts beziehen können“, und nicht gewährleistet ist, dass von dem Schiedsgericht zu behandelnde unionsrechtliche Fragen im Wege eines Vorabentscheidungsersuchens dem EuGH vorgelegt werden können (EuGH, a.a.O., Rn. 39, 43 ff., 50 ff., 58 f.). Der EuGH legt dabei mit der Gegenüberstellung der Alternativen einer nur möglichen „Auslegung“ oder „Anwendung“ des Unionsrechts entgegen der Rechtsauffassung der Antragsgegnerinnen ein weites, umfassendes Verständnis der Betroffenheit von Unionsrecht zugrunde (vgl. Lang, EuR 2018, 525, 532). Eine Beeinträchtigung der Autonomie des Unionsrechts liegt danach nicht nur dann vor, wenn Unionsrecht den Prüfungsmaßstab des Schiedsgerichts bilden kann, sondern auch dann, wenn die Möglichkeit besteht, dass Unionsrecht lediglich für die Bestimmung des Prüfungsgegenstandes relevant wird (vgl. Classen, EuR 2018, 361, 365 f.; Lang, a.a.O., 537 f.). Es kommt insoweit insbesondere im Hinblick auf die von dem EuGH angestrebte umfassende Sicherung seines Interpretationsmonopols schon im Ausgangspunkt nicht auf die in der Praxis von Investitionsschiedsgerichten zugrunde gelegte Differenzierung zwischen einer Berücksichtigung von Unionsrecht als Prüfungsmaßstab oder als Tatsache an (vgl. Lang, a.a.O.).

Es kommt hinzu, dass der EuGH in seinem Gutachten zu CETA (Gutachten vom 30.04.2019, 1/17, zit. nach juris) eine Ermittlung des Unionsrechts und des innerstaatlichen Rechts eines Mitgliedstaates durch ein Investor-Staat-Schiedsgericht zwar insoweit für zulässig erachtet, als das betreffende Recht nach Art. 8.31 Abs. 2 CETA nicht Gegenstand einer Auslegung sei, sondern lediglich als Tatsache herangezogen werde (a.a.O., Rn. 131). Zugleich hat der EuGH aber unter Bezugnahme auf das Achmea-Urteil hervorgehoben, dass der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens nicht für die von CETA betroffenen Beziehungen zwischen der Union und einem Drittstaat gelte (a.a.O., Rn. 126 ff., 129), und darauf hingewiesen, dass das CETA-Gericht der herrschenden Auslegung des innerstaatlichen Rechts durch die Gerichte und Behörden der betreffenden Vertragspartei zu folgen habe (a.a.O., Rn. 131). Die Ausführungen des EuGH rechtfertigen damit den Rückschluss, dass im Verhältnis von Mitgliedstaaten untereinander wegen des Grundsatzes des gegenseitigen Vertrauens an Regelungen zur Beschränkung der Befugnis eines Schiedsgerichts zur Ermittlung von Unionsrecht jedenfalls keine geringeren Anforderungen zu stellen sind, als sie nach dem CETA-Vertragstext bestehen, wenn eine Heranziehung von Unionsrecht als Tatsache wegen des Grundsatzes des gegenseitigen Vertrauens in diesem Bereich nicht sogar von vornherein ausscheidet.

Nach diesen Maßstäben verstößt die in Art. 9 Abs. 2 BIT enthaltene Zuweisung von Investitionsstreitigkeiten an ein Schiedsgericht gegen Unionsrecht. Es ist mit der nach der Rechtsprechung des EuGH zu beachtenden Autonomie des Unionsrechts nicht vereinbar, dass das Schiedsgericht nach dem BIT möglicherweise auch Unionsrecht anzuwenden hat. Es kann daher offen bleiben, ob das BIT nicht bereits wegen der Begründung der Entscheidungszuständigkeit eines außerhalb des Gerichtssystems der EU stehenden Schiedsgerichts gegen den Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens verstößt und damit

unabhängig von Erwägungen zu dem anwendbaren oder auszulegenden Recht im Widerspruch zum Unionsrecht steht.

Die Möglichkeit, dass ein nach Art. 9 Abs. 2 BIT zur Entscheidung berufenes Schiedsgericht auch Unionsrecht anzuwenden hat, ergibt sich bereits daraus, dass bei einer Investitionsstreitigkeit eine Anwendung des Unionsrechts als Teil des mitgliedsstaatlichen Rechts (vgl. EuGH, Urteil vom 06.03.2018, C-284/16, Rn. 41) schon deshalb nicht auszuschließen ist, weil das mitgliedsstaatliche Recht bei der Beurteilung einer Investitionsmaßnahme grundsätzlich zumindest als Vorfrage oder als Auslegungskriterium Bedeutung haben kann. Ein entsprechender Bezug des BIT auf Unionsrecht ergibt sich bereits aus der Regelung in Art. 11 Abs. 1 BIT, nach der sich die Anwendbarkeit des BIT auf Investitionen beschränkt, die in Übereinstimmung mit den Rechtsvorschriften des Mitgliedsstaates getätigt worden sind. Es obliegt einem Schiedsgericht danach bereits bei Prüfung der Rechtmäßigkeit einer Investition im Rahmen des kroatischen oder des österreichischen Rechts, die Investition auch anhand von Unionsrecht zu beurteilen. Darüber hinaus ist die Anwendung des BIT nach dessen Art. 11 Abs. 2 ausgeschlossen, wenn es dem Unionsrecht widerspricht. Das Schiedsgericht hat daher auch in diesem Zusammenhang jedenfalls Unionsrecht heranzuziehen und als Vergleichsmaßstab zu berücksichtigen.

Entgegen der Rechtsauffassung der Antragsgegnerinnen ändert die von Investitionsschiedsgerichten vertretene und im Rahmen des CETA-Gutachtens für das Verhältnis zu Drittstaaten vom EuGH bestätigte Möglichkeit, dass Schiedsgerichte Unionsrecht als Tatsache ermitteln können, nichts daran, dass sich die von dem BIT erfassten Streitigkeiten im Sinne des Achmea-Urteils auf die Auslegung oder Anwendung des Unionsrechts beziehen können. Maßgebend ist, dass sich der Regelungsgehalt von CETA schon deshalb maßgebend von dem vorliegenden BIT unterscheidet, weil Art. 8.31 Abs. 2 CETA ausdrücklich vorsieht, dass das CETA-Schiedsgericht das Recht einer Vertragspartei (nur) als Tatsache heranziehen kann. Darüber hinaus enthält Art. 8.31 Abs. 2 CETA mit der vom EuGH im CETA-Gutachten hervorgehobenen Regelung, nach der das CETA-Gericht der herrschenden Auslegung des innerstaatlichen Rechts durch die Gerichte und Behörden der betreffenden Vertragspartei zu folgen hat, auch eine konkrete Regelung, die darauf abzielt, dass das Schiedsgericht nicht von den vom EuGH zur einheitlichen Auslegung des Unionsrechts entwickelten Maßstäben abweicht. Dagegen kann das vorliegende BIT mangels entsprechender Garantien weder gewährleisten, dass das Schiedsgericht Unionsrecht tatsächlich nur als Tatsache anwendet, noch sicherstellen, dass das Schiedsgericht bei einer Auslegung oder Anwendung des Unionsrechts die von dem EuGH vorgegebenen Maßstäbe beachtet. Eine abweichende Würdigung, bei der die nur graduelle Unterscheidung zwischen einer Berücksichtigung des Unionsrechts als Beurteilungsmaßstab oder als Tatsache (vgl. dazu Lang, EuR 2018, 525, 538) über die Frage einer wirksamen Schiedsbindung eines Mitgliedstaates entscheiden würde, hätte für die vorab zu treffende Entscheidung über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines Schiedsverfahrens auch unüberwindliche Abgrenzungsschwierigkeiten zur Folge, weil im Vorhinein nicht feststellbar ist, in welchem Maße es für das Schiedsverfahren auf eine Auslegung und/oder Anwendung von Unionsrecht ankommen kann. Vor diesem Hintergrund kann der Regelung des Art. 11 Abs. 2 BIT entgegen der Rechtsauffassung der Antragsgegnerinnen auch kein geeigneter Maßstab entnommen werden, der gewährleistet, dass das Schiedsgericht Unionsrecht nicht anzuwenden und auszulegen hat.

Nach der Entscheidung des EuGH in Sachen Achmea wird die mit der Zuweisung einer Investitionsstreitigkeit an ein Schiedsgericht verbundene Beeinträchtigung der Autonomie des Unionsrechts weder durch die dem Schiedsgericht selbst zustehenden Befugnisse noch durch Kontrollbefugnisse staatlicher Gerichte nach Erlass des Schiedsspruchs ausgeschlossen.

Es besteht zunächst keine Befugnis eines nach einem Intra-EU-BIT zur Entscheidung berufenen Schiedsgerichts, dem EuGH selbst ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV vorzulegen, da das Schiedsgericht nicht als Gericht „eines Mitgliedstaats“ im Sinne von Art. 267 AEUV angesehen werden kann (EuGH, Urteil vom 06.03.2018, C-284/16, Rn. 43 ff., insbes. Rn. 45 f., 49). Die Würdigung des EuGH ist in dieser Hinsicht ohne weiteres auf ein nach dem vorliegenden BIT konstituiertes Schiedsgericht übertragbar.

Der EuGH erachtet es überdies auch nicht für ausreichend, dass im Rahmen der Kontrolle des Schiedsspruchs durch ein Gericht eines Mitgliedstaats, für dieses die Möglichkeit besteht, unionsrechtliche Fragen im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV klären zu lassen, weil eine solche Überprüfung von der Wahl des Schiedsorts und dem am Schiedsort anwendbaren nationalen Recht abhängig ist (vgl. EuGH, a.a.O., Rn. 50, 52 f.). Dementsprechend geht der BGH in seiner an das Achmea-Urteil des EuGH anschließenden Entscheidung (Beschluss vom 31.10.2018, I ZB 2/15, Rn. 36, zit. nach juris) davon aus, dass es der EuGH nicht für ausreichend erachtet, dass eine gerichtliche Überprüfung nur vorgenommen werden kann, soweit das nationale Recht sie im konkreten Fall gestattet. Danach ist auch unerheblich, ob das Schiedsgericht nach dem von der Wahl des Schiedsorts abhängigen nationalen Recht und insbesondere nach der im deutschen Recht geltenden Bestimmung des § 1050 ZPO die Möglichkeit hat, dem EuGH eine die Auslegung des Unionsrechts betreffende Frage über ein gemäß Art. 267 AEUV vorlageberechtigtes staatliches Gericht vorlegen zu lassen.

Die Unvereinbarkeit des Art. 9 Abs. 2 BIT mit dem Unionsrecht führt dazu, dass die in Art. 9 Abs. 2 BIT vorgesehene Zuweisung von Streitigkeiten an ein privates Schiedsgericht ab dem Zeitpunkt des Beitritts der Antragstellerin zur EU nicht mehr anwendbar ist und es damit an einem wirksamen Angebot der Antragstellerin auf Abschluss einer Schiedsvereinbarung fehlt. Der Senat schließt sich auch insoweit der im Anschluss an das Achmea-Urteil des EuGH ergangenen Rechtsprechung des BGH (Beschluss vom 31.10.2018, I ZB 2/15, insbes. Rn. 20, 26 f., 40 f.) an, die er für zutreffend erachtet. Ein von einem EU-Mitgliedstaat mit einem anderen Staat geschlossenes Abkommen kann nach Beitritt des anderen Staates zur EU im Verhältnis zwischen diesen Staaten keine Anwendung mehr finden, soweit es dem Unionsrecht widerspricht (BGH, a.a.O., Rn. 20 m.w.N.). Die mit unionsrechtlichen Bestimmungen unvereinbare Regelung in einem unionsinternen Abkommen ist, ohne dass es einer Kündigung des Abkommens bedarf, zugleich auch als völkervertragliche Regelung unanwendbar (BGH, a.a.O., Rn. 40 f. m.w.N.).

Ein wirksamer Abschluss einer Schiedsvereinbarung kann schließlich auch nicht aus dem Grundsatz von Treu und Glauben hergeleitet werden.

Die Antragsgegnerinnen mussten sich zum Zeitpunkt ihrer nach dem Beitritt der Antragstellerin zur Europäischen Union getätigten Investitionen darauf einrichten, dass die Regelungen des BITs wegen des Vorrangs des Unionsrechts nicht mehr uneingeschränkt

anwendbar waren (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 45). Es ist auch nicht dargelegt oder sonst feststellbar, dass die Antragstellerin nach dem Beitritt zur Union einen konkreten Vertrauenstatbestand geschaffen hat, der sie möglicherweise daran hindern könnte, sich auf die Unwirksamkeit der im BIT enthaltenen Schiedsklausel zu berufen. Insbesondere lässt sich ein Vertrauenstatbestand zugunsten der Antragsgegnerinnen weder daraus herleiten, dass die EU-Kommis-sion die beim Beitritt der neuen Mitgliedstaaten bestehenden BIT zunächst unbeanstandet gelassen hat (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 47), noch daraus, dass die Antragstellerin das BIT bislang nicht gekündigt hat (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 51).

Der von den Antragsgegnerinnen erhobene Einwand der Treuwidrigkeit kann ferner auch nicht darauf gestützt werden, dass das Justizsystem der Antragstellerin nach den Darlegungen der Antragsgegnerinnen systemische Mängel aufweisen soll, die sich insbesondere dahin auswirken, dass notwendige Vorlagen gemäß Art. 267 AEUV unterbleiben und den Antragsgegnerinnen wegen der von ihnen gerügten Änderung des Insolvenzrechts von Gerichten der Antragstellerin möglicherweise kein effektiver Rechtschutz gewährt worden ist. Denn etwaige Mängel des Justizsystems der Antragstellerin könne auch in Verbindung mit einer dadurch bedingten Beeinträchtigung von Rechten der Antragsgegnerinnen nichts daran ändern, dass die in Art. 9 Abs. 2 BIT vorgesehene Zuweisung von Streitigkeiten an ein privates Schiedsgericht, das außerhalb des Gerichtssystems der EU steht, nach den Maßstäben des Achmea-Urteils gegen Unionsrecht verstößt. Dementsprechend ist auch unerheblich, ob einer Anwendung des Grundsatzes gegenseitigen Vertrauens auf das Justizsystem der Antragstellerin in der vorliegenden Fallkonstellation nach der Argumentation der Antragsgegnerinnen „außergewöhnliche Umstände“ entgegenstehen, da sich daraus nach dem Achmea-Urteil nicht die Rechtsfolge ergeben kann, dass der Senat als Gericht eines anderen Mitgliedstaats durch seine Entscheidung anstelle der Entscheidungsbefugnis der Gerichte der Antragstellerin eine mit Unionsrecht nicht vereinbare Zuständigkeit eines privaten Schiedsgerichts begründet. Die Rechtsprechung des EuGH bietet für eine solche Verlagerung von Zuständigkeiten der mitgliedstaatlichen Gerichte auf private Schiedsgerichte keine Grundlage. Der BGH hat dementsprechend die Darlegung von Zweifeln an der Unparteilichkeit und Effektivität mitgliedsstaatlicher Gerichte nicht für geeignet erachtet, um im Einzelfall eine von dem Achmea-Urteil abweichende Beurteilung zu rechtfertigen (BGH, Beschluss vom 24.01.2019, I ZB 2/15, Rn. 8, zit. nach juris).

Es bedarf nach den vorstehenden Ausführungen keines Vorabentscheidungsersuchen des Senats an den EuGH gemäß Art. 267 AEUV, weil die Anwendung des Unionsrechts nach den vorstehend dargestellten Maßstäben des Achmea-Urteils des EuGH und dessen ergänzenden Ausführungen im CETA-Gutachten derart offenkundig ist, dass für einen vernünftigen Zweifel kein Raum mehr bleibt („acte clair“, vgl. dazu z.B. EuGH, Urteil vom 09.09.2015, C-160/14, Rn. 38 ff. m.w.N., zit. nach juris).

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.

Die Festsetzung des Gegenstandswertes berücksichtigt gemäß § 3 ZPO nach ständiger Rechtsprechung des Senats ein Fünftel des Hauptsachewertes des Schiedsverfahrens, in dem die Antragsgegnerinnen nach ihrer Schiedsverfahrensanzeige vom 14.02.2020 einen Schaden in Höhe von mindestens 26 Mio. Euro geltend zu machen beabsichtigen.