

26 SchH 11/10

Verkündet am 10.5.2012

OBERLANDESGERICHT FRANKFURT AM MAIN

BESCHLUSS

In der Schiedsgerichtssache

...

hat das Oberlandesgericht Frankfurt am Main - 26. Zivilsenat - durch die Richter ...
aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 29.03.2012 beschlossen:

Die Nebenintervention des Königreichs der Niederlande wird
zugelassen.

Die Anträge der Antragstellerin auf Aufhebung des in dem
Schiedsverfahren zwischen den Parteien ergangenen
Zwischenentscheids vom 26.10.2010 sowie auf Feststellung der
Unzuständigkeit des Schiedsgerichts werden zurückgewiesen.

Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens, einschließlich der durch
die Nebenintervention verursachten Kosten zu tragen.

Der Gegenstandswert wird auf bis zu € 13.000.000,00 festgesetzt.

Gründe

I.

Die Antragstellerin begehrt die gerichtliche Entscheidung über die Zuständigkeit des Schiedsgerichts nach § 1040 Abs. 3 ZPO, nachdem das Schiedsgericht in einem Zwischenentscheid vom 26.10.2010 seine Zuständigkeit bejaht hat.

In dem zugrundeliegenden Schiedsverfahren streiten die Antragstellerin und die Antragsgegnerin um mögliche Vertragsverletzungen und etwa hieraus resultierende Schadensersatzansprüche aus einem bilateralen Abkommen aus dem Jahr 1991, welches die Rechtsvorgängerin der Antragstellerin – die damalige Tschechoslowakei (nachfolgend: CSFR) – mit dem Königreich der Niederlande abgeschlossen hatte und in dem es um den Schutz von Investitionen zwischen den Niederlanden und der CSFR ging. Dieses sog. „Bilateral Investment Treaty“ (nachfolgend: BIT), wegen dessen Inhalt im einzelnen auf die Anlage AST 1 verwiesen wird, trat am 01.10.1992 in Kraft.

Mit Auflösung der CSFR trat die hiesige Antragstellerin als Rechtsnachfolgerin am 01.01.1993 in die Rechte und Pflichten aus dem Abkommen ein.

Mit Wirkung zum 01.05.2004 trat die Antragstellerin der EU bei.

Bei der hiesigen Antragsgegnerin handelt es sich um eine niederländische Versicherungsgruppe, bestehend aus zwölf im Versicherungs- und Rückversicherungssektor tätigen Unternehmen.

Mit einer im Jahr 2004 beschlossenen umfassenden Gesundheitsreform eröffnete die Antragstellerin den slowakischen Markt erstmals für private in- und ausländische Krankenversicherungen. Die Antragsgegnerin wurde daraufhin als Anbieter von Krankenversicherungen in der Slowakei zugelassen und begann in diesen Markt umfassend zu investieren. Sie erreichte bis Anfang Januar 2007 einen Marktanteil von rund 8,5 %.

Nach einem Regierungswechsel im Jahr 2006 wurden im Zuge einer Umkehrung der Liberalisierung des Krankenversicherungsmarktes die Rechte der privaten Krankenversicherer beschnitten und in verschiedenen Fällen Kontrahierungszwänge

eingeführt. Hierdurch, so der Vorwurf der Antragsgegnerin, sei sie praktisch enteignet worden und ihr ein Schaden in zweistelliger Millionenhöhe entstanden.

Die Antragsgegnerin leitete deshalb im Oktober 2008 ein Schiedsverfahren gegen die Antragstellerin ein, mit dem Ziel, umfassenden Schadensersatz zu erlangen. Sie sieht ihre Ansicht, wonach durch die seit 2006 getroffenen legislativen Regulierungsmaßnahmen ihre Rechte aus dem Investitionsschutzabkommen (BIT) verletzt worden seien, auch dadurch bestätigt, dass das slowakische Verfassungsgericht im Januar 2011 diese Gesetzgebung als verfassungswidrig eingestuft habe.

Hinsichtlich der Zuständigkeit des Schiedsgerichts hat sich die Antragsgegnerin auf Art. 8 Abs. 2 des BIT berufen.

Art. 8 BIT lautet auszugsweise wie folgt:

„1) Alle Streitigkeiten zwischen einer Vertragspartei und einem Investor der anderen Vertragspartei bezüglich einer Investition der letzteren sind, falls möglich, gütlich beizulegen.

2) Jede Vertragspartei stimmt hiermit zu, dass eine in Absatz (1) dieses Artikels genannte Streitigkeit einem Schiedsgericht vorgetragen wird, falls die Streitigkeit innerhalb eines Zeitraums von sechs Monaten ab dem Datum, an dem eine Partei der Streitigkeit die gütliche Beilegung gewünscht hat, nicht gütlich beigelegt ist. (...)

5) Das Schiedsgericht wird sein eigenes Verfahren unter Anwendung der Schiedsordnung der Kommission für Internationales Handelsrecht der Vereinten Nationen (UNCITRAL) festlegen. (...)

In der Folgezeit konstituierte sich entsprechend den weiteren Bestimmungen des Art. 8 BIT ein Dreierschiedsgericht unter dem Vorsitz des Professors A, wobei in Abstimmung mit den Parteien als Verfahrenssprache des Schiedsverfahrens Englisch und als Ort des Schiedsverfahrens Frankfurt am Main festgelegt wurde.

Parallel zum Schiedsverfahren hat die Antragsgegnerin ein Vertragsverletzungsverfahren bei der Europäischen Kommission eingeleitet; dieses Verfahren ist derzeit noch anhängig.

Die hiesige Antragstellerin und Schiedsbeklagte des Schiedsverfahrens hat bereits in der Klageerwiderung vor dem Schiedsgericht die Rüge der Unzuständigkeit des Schiedsgerichts erhoben und sich maßgeblich darauf berufen, dass das in Art. 8 Abs. 2 des BIT enthaltene Angebot zum Abschluss einer Schiedsvereinbarung wegen Verstoßes gegen EU-Recht unwirksam sei, weil das BIT-Abkommen mit dem Beitritt der Antragstellerin zur EU unanwendbar geworden sei.

Das Schiedsgericht hat sich in der Folgezeit umfassend mit der Frage der Zuständigkeit befasst und beschlossen, über die EU-rechtliche Zuständigkeitsrüge der Schiedsbeklagten vorab zu entscheiden. In diesem Zusammenhang fand im April 2010 eine Anhörung in O1 statt; im Mai 2010 wandte sich das Schiedsgericht an die Europäische Kommission und lud nach Rücksprache mit den Parteien die niederländische Regierung ein, zur Frage der Gültigkeit und Anwendbarkeit des BIT Stellung zu nehmen. Nach Eingang entsprechender Stellungnahmen sowohl der Parteien als auch der Kommission und der niederländischen Regierung erlies das Schiedsgericht am 26.10.2010 einen Zwischenentscheid über die Zuständigkeit, der den Parteien noch am gleichen Tag elektronisch übermittelt wurde.

In diesem Zwischenentscheid kam das Schiedsgericht zu dem Schluss, dass die Einwände der Schiedsbeklagten sämtlich unbegründet und die Zuständigkeit des Schiedsgerichts gegeben ist. Wegen der Begründung im einzelnen wird auf den Inhalt des Zwischenentscheids Bezug genommen.

Die hiesige Antragstellerin begehrt nunmehr mit dem bei Gericht am 26.11.2010 eingegangenen Antrag die gerichtliche Entscheidung nach § 1040 Abs. 3 ZPO. Sie bekräftigt im wesentlichen ihre bereits im Schiedsverfahren vorgebrachten Einwände hinsichtlich der Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung und regt ein Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV vor dem Europäischen Gerichtshof an.

Nach Ansicht der Antragstellerin folgt die Unzuständigkeit des Schiedsgerichts bereits daraus, dass das BIT mit dem Beitritt der Antragstellerin zur EU unanwendbar geworden sei. Dies folge aus dem Vorrang des Unionsrechts, wobei speziell das in Art. 8 Abs. 2 BIT enthaltene Angebot, Streitigkeiten vor einem Schiedsgericht zu klären, wegen des Vorrangs der in Art. 344 AEUV vorgesehenen ausschließlichen gerichtlichen Zuständigkeit des EuGH nicht länger gültig sei.

Die Antragstellerin stützt sich hierbei unter anderem auf die Stellungnahme der Europäischen Kommission vom 07.07.2010 an das Schiedsgericht (vgl. Anlagen AST 4 sowie Anlage AST 28), mit der die Kommission ebenfalls Vorbehalte gegen die Zuständigkeit des Schiedsgerichts zum Ausdruck gebracht habe. Diese, zunächst noch vorsichtig formulierten Bedenken, habe die Kommission jüngst in einer Stellungnahme zu einem parallel gelagerten Verfahren betreffend ein Investitionsschutzabkommen zwischen der Slowakei und Österreich unmissverständlich bekräftigt (Stellungnahme des Generaldirektors des Juristischen Dienstes der Kommission vom 13.10.2011, Anlage AST 40, Bl. 484 ff. d.A.). Danach sei nicht zuletzt mit Blick auf die Ausführungen des EuGH in dessen Gutachten Nr. 1/09 vom 08.03.2011 (Gutachten zu dem Entwurf des Übereinkommens über das Gericht für europäische Patente und Gemeinschaftspatente, vgl. GRUR Int. 2011, 309 ff.) eindeutig festzustellen, dass das Schiedsgericht kein Gericht eines EU-Mitgliedsstaates, sondern ein paralleler, sich völlig außerhalb des institutionellen und richterlichen Rahmens der EU befindlicher Streitbeilegungsmechanismus sei, der den Gerichten der Mitgliedstaaten die Kompetenz zur Auslegung und Anwendung des EU-Rechts entziehe.

Die Unvereinbarkeit von entsprechenden Investor-Staat-Schiedsklauseln mit Art. 344 AEUV belege zudem das im Auftrag der Prozeßbevollmächtigten der Antragstellerin eingeholte Rechtsgutachten zweier O2er Professoren vom 27.10.2011 (Anlage AST 38, Bl. 458 ff. d.A.), wonach die Durchführung eines Schiedsverfahrens jedenfalls dann als Verletzung von Art. 344 AEUV anzusehen sei, wenn der Gegenstand des Streits auch EU-Recht betreffe.

Die Antragstellerin vertritt ferner die Ansicht, dass sich die Unzuständigkeit des Schiedsgerichts auch aus völkerrechtlicher Perspektive ergebe. So sei Art. 8 Abs. 2 BIT wegen Art. 30 Abs. 3 der Wiener Konvention über das Recht der Verträge (nachfolgend: WVK) unanwendbar. Auch nach diesem Abkommen, welches die Rechte und Pflichten von Staaten bestimmt, die Vertragsparteien aufeinander folgender Verträge über denselben Gegenstand sind, könne das BIT nur insoweit Anwendung finden, als es mit den vertraglichen Grundlagen des späteren EU-Assoziationsabkommens vereinbar sei.

Schließlich verstoße die Schiedsklausel in Art. 8 Abs. 2 BIT gegen das Diskriminierungsverbot nach Art. 18 AEUV. Denn es gewähre nur den Investoren der vertragsschließenden Parteien die Möglichkeit, ein Schiedsverfahren durchzuführen, während Investoren nicht beteiligter Staaten diese Möglichkeit verschlossen sei. Da das Diskriminierungsverbot eine grundsätzlich weite Auslegung gebiete und jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit untersage, sei dieses Verbot entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin auch nicht auf eine Schlechterstellung von ausländischen Investoren gegenüber inländischen Investoren beschränkt.

Außerdem verletze Art. 8 Abs. 2 BIT das Prinzip des gegenseitigen Vertrauens in die Gerichte der EU-Mitgliedstaaten, da der vorgesehene Streitbeilegungsmechanismus für Investoren der am BIT beteiligten Staaten deutliches Misstrauen gegenüber den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten zum Ausdruck bringe. Gegenseitiges Vertrauen in die Rechtspflege innerhalb der EU sei jedoch ein Grundprinzip, welches vom EuGH als unabdingbar für das reibungslose Funktionieren des EU-Binnenmarktes erachtet werde.

Überdies sei die Zuständigkeit des Schiedsgerichts auch aus prozessökonomischen Gründen zu verneinen, da das Schiedsgericht keine Möglichkeit habe, das Verfahren dem EuGH nach Art. 267 AEUV vorzulegen.

Es sei ihr, der Antragstellerin, aber nicht zuzumuten, sich auf das weitere Schiedsverfahren einzulassen, obgleich die Gefahr bestehe, dass ein unter Verstoß gegen EU-Recht ergangener Schiedsspruch später der Aufhebung unterliege.

Mit Schriftsatz vom 30.03.2011 ist das Königreich der Niederlande dem hiesigen Verfahren auf Seiten der Antragsgegnerin als Nebenintervenientin beigetreten. Die Antragstellerin hält diesen Beitritt prozessual für unzulässig.

Die Antragstellerin beantragt,

I. den Zwischenentscheid („Award on jurisdiction, arbitrability and suspension“) des Schiedsgerichts, bestehend aus den Schiedsrichtern Professor A, Professor C und Mr. B, ergangen im Schiedsverfahren zwischen D und der Slowakischen Republik, Fall Nr. ... vom 26. Oktober 2010 aufzuheben,

II. festzustellen, dass das Schiedsgericht, bestehend aus den Schiedsrichtern Professor A, Professor C und Mr. B zur Entscheidung über die im Schiedsverfahren zwischen D und der Slowakischen Republik, Fall Nr. ... geltend gemachten Ansprüche unzuständig ist,

sowie die Nebenintervention des Königreichs der Niederlande zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Anträge der Antragstellerin zurückzuweisen.

Sie vertritt die Ansicht, dass im vorliegenden Verfahren nicht die Wirksamkeit des gesamten BIT-Abkommens in Frage stehe, sondern allein die Wirksamkeit der Schiedsklausel in Art. 8 BIT. Die darin enthaltene Schiedsklausel verstoße jedoch

weder gegen EU-Recht noch sei sie nach völkerrechtlichen Grundsätzen unanwendbar.

Insbesondere sei Art. 344 AEUV vorliegend überhaupt nicht einschlägig, da diese Vorschrift nur für Rechtsstreitigkeiten zwischen Mitgliedsstaaten gelte. Im übrigen bestehe keine Veranlassung für ein Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH, zumal die formulierten Vorlagefragen keine offene Frage nach der Auslegung einer Norm des Unionsrechts beinhalteten.

Im weiteren wendet sich die Antragsgegnerin gegen die von der Antragstellerin vertretene Ansicht von der Unwirksamkeit der Schiedsklausel nach Völkerrecht und sieht in der Schiedsklausel weder einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot noch werde hierdurch das gegenseitige Vertrauen in die Rechtspflege der Mitgliedsstaaten (Vertrauensprinzip) beeinträchtigt.

Die Nebenintervenientin beantragt ebenfalls,

die Anträge der Antragstellerin zurückzuweisen.

Sie trägt zunächst umfassend zur Zulässigkeit der Nebenintervention vor und hält den Antrag nach § 1040 Abs. 3 ZPO im übrigen bereits für unzulässig; denn mit dem Antrag verfolge die Antragstellerin das Ziel, die Gültigkeit bzw. Anwendbarkeit des BIT in seiner Gesamtheit überprüfen zu lassen, dies sei aber im Rahmen des § 1040 Abs. 3 ZPO nicht möglich.

Außerdem sei der Antrag auch als rechtsmissbräuchlich zu erachten, weil die Antragstellerin inzident den Konsultationsmechanismus des BIT sowie dessen Kündigungsregeln zu umgehen versuche. Und schließlich sei der Antrag unzulässig, weil er sich auf eine künftige Sachentscheidung des Schiedsgerichts beziehe, über die das angerufene staatliche Gericht jedoch nicht zu befinden habe. Mangels Zuständigkeit des angerufenen Oberlandesgerichts Frankfurt am Main bestehe auch keine Vorlagebefugnis an den EuGH.

In der Sache selbst sei der Antrag auch unbegründet, wobei hierzu wegen des Vortrages im einzelnen maßgeblich auf die Schriftsätze der Nebenintervenientin vom

30.03.2011 (Bl. 82 ff. d.A.) und vom 02.09.2011 (Bl. 271 ff. d.A) Bezug genommen wird.

Ergänzend wird wegen des weiteren Vorbringens der Parteien auf die von ihnen zur Akte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

II.

A.

Der angerufene Senat ist zur Entscheidung über den Zwischenentscheid nach § 1062 Abs. 1 Nr. 2 ZPO i.V.m. § 1040 Abs. 3 ZPO zuständig und berufen, nachdem der Ort des Schiedsverfahrens in Frankfurt am Main liegt.

Die Anträge der Antragstellerin sind auch zulässig, insbesondere innerhalb der Monatsfrist des § 1040 Abs. 3 ZPO eingereicht.

Die umfassenden Einwendungen der Nebenintervenientin gegen die Zulässigkeit der Anträge greifen nicht durch.

1) Allerdings bestehen gegen die Zulässigkeit der Nebenintervention selbst keine Bedenken.

§ 66 ZPO sieht die Möglichkeit eines Beitritts zu einem anhängigen Rechtsstreit zwischen anderen Personen vor, wenn der Dritte ein rechtliches Interesse am Ob-siegen der unterstützten Partei hat. Die Vorschrift ist grundsätzlich in sämtlichen Verfahren anwendbar, in denen die ergehende Entscheidung die Rechtslage des Nebenintervenienten unmittelbar oder mittelbar rechtlich beeinflussen kann (vgl. Zöller-Vollkommer, ZPO, 29. Auflage 2012, Rdnr. 2 zu § 66 ZPO; MüKo-Schultes, ZPO, 3. Auflage 2008, Rdnr. 2 zu § 66 ZPO).

Entsprechend ist eine Anwendbarkeit der Vorschriften über die Nebenintervention auch im Verfahren nach § 1040 ZPO anzunehmen, das zwar nicht zu einer end-

gültigen Sachentscheidung, wohl aber zu einer wichtigen Weichenstellung mit Einfluss auf die rechtlichen Interessen des Dritten im weiteren Verfahren führen kann (vgl. Dressler, Beck'scher Online-Kommentar, ZPO, Rdnr. 3 zu § 66 ZPO).

Der Begriff des rechtlichen Interesses ist grundsätzlich weit auszulegen, wobei aus dem Erfordernis eines rechtlichen Interesses jedoch zugleich folgt, dass ein rein wirtschaftliches oder tatsächliches Interesse für die Zulässigkeit der Nebenintervention nicht ausreicht (vgl. Zöller-Vollkommer, a.a.O., Rdnr. 8 ff. zu § 66 ZPO). Der Begriff des rechtlichen Interesses erfordert vielmehr, dass der Nebenintervenient zu der unterstützten Partei oder dem Gegenstand des Rechtsstreits in einem Rechtsverhältnis steht, auf das die Entscheidung des Rechtsstreits durch ihren Inhalt oder ihre Vollstreckung unmittelbar oder auch nur mittelbar rechtlich einwirkt (BGH, NJW-RR 2011, 907 f.). Der bloße Wunsch des Nebenintervenienten, der Rechtsstreit möge zu Gunsten einer Partei entschieden werden und die Erwartung, dass die damit befassten Gerichte auch in einem künftigen eigenen Rechtsstreit mit einer Partei an einem einmal eingenommenen Standpunkt festhalten und zu einer ihnen günstigen Entscheidung gelangen sollten, stellen lediglich Umstände dar, die ein tatsächliches Interesse am Obsiegen einer Partei zu erklären vermögen. Ein solches Interesse daran, dass eine rechtliche oder tatsächliche Frage auf eine bestimmte Weise beantwortet wird, genügt ebenso wenig wie der denkbare Umstand, dass in beiden Fällen dieselben Ermittlungen angestellt werden müssen oder über gleichgelagerte Rechtsfragen zu entscheiden ist (BGH, a.a.O.).

Gemessen an diesen Maßstäben dürfte zwar ein unmittelbares rechtliches Interesse der Nebenintervenientin am Obsiegen der Antragsgegnerin zu verneinen sein. Denn die beantragte Entscheidung nach § 1040 Abs. 3 ZPO wirkt nur zwischen den am Schiedsverfahren beteiligten Parteien; ihr kommt keine Bindungswirkung für zukünftige Streitverfahren zwischen den am BIT beteiligten Vertragsstaaten zu. Eine im hiesigen Verfahren ergangene Entscheidung hat danach keine unmittelbaren Auswirkungen auf etwaige künftige Streitigkeiten zwischen einem slowakischen Investor und dem Königreich der Niederlande.

Gleichwohl ist – insoweit abweichend von der Fallgestaltung, die der oben zitierten BGH-Entscheidung zugrunde lag – der niederländische Staat Vertragspartner des hier in Rede stehenden BIT und als solcher direkt aus Art. 8 Abs. 2 BIT verpflichtet.

Die Entscheidung darüber, ob die in Art. 8 Abs. 2 BIT enthaltene Schiedsklausel eine Zuständigkeit des Schiedsgerichts begründet, berührt damit jedenfalls mittelbar die Rechte der Nebenintervenientin, weil auch die Verpflichtung der Niederlande in Frage steht, eine von einem slowakischen Investor herangetragene Streitigkeit vor einem Schiedsgericht austragen zu lassen. Es geht damit um den Bestand einer vertraglichen Regelung, die auch die Nebenintervenientin betrifft; somit steht die Nebenintervenientin zu dem Gegenstand des hiesigen Verfahrens in einem Rechtsverhältnis, auf das die Entscheidung des Rechtsstreits durch ihren Inhalt jedenfalls mittelbar rechtlich einwirkt. Hieraus rechtfertigt sich die Zulassung des Beitritts, über den anerkanntermaßen nicht zwingend in einem gesonderten Zwischenurteil entschieden werden muss; zulässig ist vielmehr - wie hier - auch eine Entscheidung über den Beitritt im Endurteil (vgl. Zöller-Vollkommer, a.a.O., Rdnr. 5 zu § 71 ZPO; MüKo-Schultes, a.a.O., Rdnr. 9 zu § 71 ZPO; BGH NJW 2002, 1872 f.).

2) Die Zulässigkeitseinwände der Nebenintervenientin sind allerdings unbegründet.

Die Zuständigkeit des angerufenen Oberlandesgerichts, über die Rechtmäßigkeit des Zwischenentscheidungs des Schiedsgerichts zu befinden, folgt aus § 1040 Abs. 3, § 1062 Abs. 1 Nr. 2 ZPO.

Diese Zuständigkeit entfällt entgegen der Ansicht der Nebenintervenientin nicht etwa deswegen, weil die betreffende Schiedsklausel, über deren Wirksamkeit die Parteien streiten, in einem bilateralen völkerrechtlichen Vertrag enthalten ist. Hierdurch wird die gesetzliche Zuständigkeit nach §§ 1040, 1062 ZPO weder aufgehoben noch eingeschränkt. Indem als Ort des Schiedsverfahrens Frankfurt am Main bestimmt wurde, gelten die Vorschriften des 10. Buches der ZPO als zwingendes Recht soweit nicht im Einzelfall ausdrücklich oder aus dem Sinnzusammenhang der betreffenden Norm abweichende Parteivereinbarungen - die hier nicht ersichtlich sind - zugelassen sind (vgl. Zöller-Geimer, a.a.O., Rdnr. 3 zu § 1025 ZPO).

Eine andere Beurteilung ist auch nicht unter den von der Nebenintervenientin bemühten völkerrechtlichen Gesichtspunkten geboten. Soweit die Nebenintervenientin maßgeblich darauf abstellt, die Antragstellerin begehre mit ihrem Antrag eine unzulässige inzidente Normenkontrolle eines fremden völkerrechtlichen Abkommens, für die das angerufene Oberlandesgericht keine Zuständigkeits-

kompetenz habe, so vermag der Senat dieser Auffassung jedenfalls insoweit nicht zu folgen, als es um die Zulässigkeit des hier gestellten Antrages nach § 1040 Abs. 3 ZPO geht. Diese Vorschrift eröffnet den Schiedsparteien die Möglichkeit, den Zwischenentscheid des Schiedsgerichts staatsgerichtlich überprüfen zu lassen, ohne dass an dieser Stelle eine inhaltliche Abgrenzung im Sinne der von der Nebenintervenientin formulierten „zulässigen Entscheidung des OLG auf rechtlicher Grundlage des BIT bzw. einer unzulässigen Entscheidung über die rechtliche Wirksamkeit des BIT“ (vgl. Ss. der Nebenintervenientin vom 02.09.2011, dort S. 22, Bl. 292 d.A.) zu erfolgen hätte. Der von der Antragstellerin dahingehend formulierte Antrag, den Zwischenentscheid des Schiedsgerichts aufzuheben und die von ihr begehrte Feststellung, dass das Schiedsgericht zur Entscheidung über die im Schiedsverfahren gestellten Anträge nicht zulässig sei, wird von dem durch §§ 1040 Abs. 3, 1062 Abs. 1 Nr. 2 ZPO eröffneten Zuständigkeitsrahmen erfaßt und kann nicht mit Blick auf den nach Ansicht der Nebenintervenientin für Teile der Sachentscheidung anzulegenden Prüfungsmaßstab als insgesamt unzulässig erachtet werden.

Zudem ergibt sich aus der in dem Zwischenentscheid des Schiedsgerichts niedergelegten Verfahrensgeschichte (vgl. dort Rdnr. 16) sowie aus dem unbestritten gebliebenen Vortrag der Antragstellerin (vgl. Ss. vom 31.10.2011, dort Seite 5 und Seite 7, Bl. 441, 443 d.A.), dass sich die Parteien des Schiedsverfahrens auf den Schiedsort Frankfurt am Main geeinigt haben. Hiermit haben sich die Parteien jedenfalls hinsichtlich des durch §§ 1062 Abs. 1 Nr. 2, 1040 Abs. 3 ZPO eröffneten Prüfungsrahmens der Zuständigkeit der deutschen Gerichtsbarkeit unterworfen, ohne dass die Nebenintervenientin auf diese Vereinbarung zulässigerweise hätte Einfluss nehmen können.

Auch die weiteren Argumente der Nebenintervenientin vermögen die Unzulässigkeit des hiesigen Verfahrens nicht zu begründen. Weder bedarf das gerichtliche Verfahren nach §§ 1040, 1062 ZPO der Zustimmung der Nebenintervenientin noch kann die Nebenintervenientin der Antragstellerin den Einwand des Rechtsmissbrauchs entgegenhalten. Soweit die Nebenintervenientin unter Hinweis auf Art. 9, 10, und 13 des BIT die Ansicht vertritt, die Antragstellerin umgehe mit ihrem

Antrag die Bestimmungen über die Streitbeilegung zwischen den Vertragsparteien des BIT, läßt dies die prozessuale Situation außer Acht.

Es ist die Antragstellerin, die auf der Grundlage von Art. 8 Abs. 2 BIT von einem niederländischen Investor in einem Schiedsverfahren auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird. Soweit das Schiedsgericht trotz der in diesem Verfahren erhobenen Zuständigkeitsrüge seine Zuständigkeit bejaht hat, ist der Antragstellerin nur die Möglichkeit eröffnet, gegen diese Entscheidung die staatlichen Gerichte anzurufen. Der Vorwurf eines prozessual missbräuchlichen Verhaltens ist damit durch nichts gerechtfertigt. Auch der Umstand, dass die Antragsgegnerin ihre Investitionen in der Vergangenheit im Vertrauen auf die Gültigkeit des BIT tätigte, rechtfertigt den Missbrauchseinwand bezüglich der Zulässigkeit der in diesem Verfahren gestellten Anträge nicht. Denn die materiell-rechtliche Frage etwaiger Vertragsverletzungen durch die Antragstellerin berührt die prozessuale Zulässigkeit der in diesem Verfahren gestellten Anträge nicht.

Ebensowenig ist der Verwirkungseinwand oder der Einwand des widersprüchlichen Verhaltens begründet.

Aus dem Umstand, dass die Antragstellerin im Zeitraum seit ihrem Beitritt zur EU die vermeintliche Unwirksamkeit von Art. 8 Abs. 2 BIT nicht geltend gemacht hat, kann die Nebenintervenientin nichts zu ihren Gunsten herleiten. Es kommt hier nicht auf das Verhältnis zwischen den Vertragsparteien des BIT, sondern auf das Verhältnis zwischen Antragstellerin und Antragsgegnerin an. In dem hier maßgebenden Verhältnis ist der Einwand der Verwirkung jedoch fernliegend, nachdem die Antragstellerin unmittelbar nach Erhebung der Schiedsklage durch die Antragsgegnerin die Rüge der Zuständigkeit des Schiedsgerichts erhoben hat. Ein etwaiges widersprüchliches Verhalten der Antragstellerin kann schließlich nicht daraus hergeleitet werden, dass diese sich in einem gänzlich anderen Schiedsverfahren nicht auf die Unzuständigkeit des Schiedsgerichts berufen hat. Ungeachtet dessen, dass eine etwaige Treuwidrigkeit abermals keinen Einfluss auf die Zulässigkeit der hier gestellten Anträge hätte, ist in keiner Weise ersichtlich, dass die Antragsgegnerin gerade mit Blick auf dieses andere Schiedsverfahren darauf vertraut hat, die Antragstellerin werde auch im hier zugrundeliegenden Schiedsverfahren die Zuständigkeit des Schiedsgerichts nicht angreifen

und eigens vor diesem Hintergrund das in der Schiedsklausel enthaltene Angebot zur Durchführung eines Schiedsverfahrens angenommen hat.

Den Einwänden der Nebenintervenientin gegen die Zulässigkeit der Anträge bleibt somit insgesamt der Erfolg versagt.

B.

Die danach zulässigen Anträge der Antragstellerin sind indes sachlich unbegründet.

1) Wirksamkeit der Schiedsklausel nach nationalem Recht

Im Hinblick auf die Parteien des Schiedsverfahrens ist eine wirksame Schiedsvereinbarung nach nationalem Recht anzunehmen. So richtet sich die Wirksamkeit der Schiedsklausel bzw. die Frage der Zuständigkeit des Schiedsgerichts grundsätzlich nach dem nationalen Verfahrensrecht am Sitz des Schiedsgerichts als *lex loci arbitri* (vgl. Zöller-Geimer, a.a.O., Rdnr. 2, 3 zu § 1025 ZPO).

Nach der Legaldefinition in § 1029 ZPO ist die Schiedsvereinbarung eine Vereinbarung der Parteien, alle oder einzelne Streitigkeiten, die zwischen ihnen in Bezug auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis vertraglicher oder nichtvertraglicher Art entstanden sind oder künftig entstehen, der Entscheidung durch ein Schiedsgericht zu unterwerfen.

Vorliegend haben die Vertragsparteien des BIT in Art. 8 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 festgelegt, alle Streitigkeiten aus dem Investitionsschutzabkommen zwischen einer Vertragspartei und einem Investor nach Wahl des jeweiligen Investors vor einem Schiedsgericht auszutragen. Damit ist zunächst im Sinne einer sog. „Blanko-Formel“ (vgl. hierzu MüKo-Münch, a.a.O., Rdnr. 85 zu § 1029 ZPO) festgelegt, dass die Schiedsbindung alle Investitionsstreitigkeiten – somit auch die hier zugrundeliegende Frage nach etwaigen Vertragsverletzungen aus dem BIT – erfassen soll.

Die Vertragsparteien des BIT haben diese Schiedsvereinbarung auch wirksam zu Gunsten der jeweiligen Investoren der beteiligten Vertragsstaaten getroffen.

Es ist anerkannt, dass eine derartige Einbeziehung von Dritten in eine Schiedsvereinbarung möglich und zulässig ist, sofern die Einbeziehung nicht zu dessen Lasten,

sondern ausschließlich zu dessen Gunsten etwa in der Weise erfolgt, dass die Gerichtspflichtigkeit des Dritten vor dem Schiedsgericht von seiner Mitwirkung und Zustimmung abhängig gemacht, es also ihm überlassen wird, ob der betreffende Streitfall durch ein Schiedsgericht oder ein ordentliches Gericht entschieden werden soll (vgl. hierzu Zöller-Geimer, a.a.O.; Rdnr. 18 zu § 1031 ZPO; BayObLGZ 1999, 255 ff.; OLG Düsseldorf, Urteil vom 19.05.2006, Az.: 17 U 162/05, zitiert nach juris).

Diese Voraussetzung ist hier erfüllt. Nach dem Wortlaut der Schiedsklausel stimmt der jeweils beteiligte Vertragsstaat zu, eine Investitionsstreitigkeit vor einem Schiedsgericht auszutragen, woraus sich inzident ergibt, dass es dem jeweiligen Investor des Vertragsstaates offensteht, ob er die Streitigkeit vor einem Schiedsgericht austragen möchte oder nicht. Denn eine Zustimmung des jeweiligen Vertragsstaates zur Durchführung eines Schiedsverfahrens setzt eine entsprechende vorangegangene Willensbildung und Entscheidung des Dritten voraus, der zunächst darüber befinden soll, ob er das Schiedsgericht anrufen möchte oder nicht.

Genau diese Entscheidung hat die Schiedsklägerin und hiesige Antragsgegnerin getroffen, indem sie im Oktober 2008 eine Schiedsklage gegenüber der Antragstellerin erhoben hat. Damit hat sie unmissverständlich von dem ihr in der Schiedsklausel eingeräumten Recht Gebrauch gemacht, den Streitfall vor einem Schiedsgericht auszutragen.

Die Schiedsvereinbarung ist gemäß § 1031 Abs. 1 ZPO auch formgerecht zustande gekommen, indem sie in einem von den Vertragsparteien unterzeichneten Dokument enthalten ist.

Die Schiedsvereinbarung ist damit nach den Vorgaben des nationalen Gesetzgebers wirksam und erfaßt den Gegenstand des Schiedsverfahrens sowohl in sachlicher wie auch persönlicher Hinsicht.

2) Vereinbarkeit der Schiedsklausel mit Art. 344 AEUV

Die Antragstellerin begründet ihre Auffassung von der vermeintlichen Unwirksamkeit der Schiedsklausel bzw. hieran anknüpfend von der Unzuständigkeit des Schiedsgerichts maßgeblich mit dem Verweis auf Art. 344 AEUV, der eine aus-

schließliche Zuständigkeit des EuGH für die Auslegung von EU-Recht vorsehe. Indem sich nämlich die hiesige Antragsgegnerin im Schiedsverfahren unter anderem darauf berufe, dass der slowakische Staat durch die geänderte Gesetzgebung seit dem Jahr 2006 unzulässige Beschränkungen des Kapitalmarktes vorgenommen und dadurch gegen Art. 63 AEUV verstoßen habe, stehe im Schiedsverfahren auch die Überprüfung von EU-Recht im Raum, für dessen Auslegung und Anwendung ausschließlich der EuGH zuständig sei. Der Zwischenentscheid des Schiedsgerichts verletze daher diese ausschließliche Zuständigkeit des EuGH.

Dieser Argumentation vermag der Senat aus Rechtsgründen nicht zu folgen.

a) Nach dem Wortlaut des Art. 344 AEUV verpflichten sich die Mitgliedstaaten, Streitigkeiten über die Auslegung oder Anwendung der Verträge nicht anders als hierin vorgesehen zu regeln.

Dies wird von der herrschenden Ansicht in der Kommentierung und der Literatur dahin verstanden, dass Art. 344 AEUV nur Streitigkeiten zwischen den Mitgliedstaaten erfaßt (vgl. z.B. Streinz, EUV/AEUV, 2. Auflage 2012, Rdnr. 1 zu Art. 344 AEUV m.w.N.; Wegener in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Auflage 2011, Rdnr. 1 zu Art. 344 AEUV; Booß in: Lenz/Borchardt, EU-Verträge, 5. Auflage 2010, Rdnr. 1 zu Art. 344 AEUV; Friedrich, „Vorabentscheidungsersuchen bilateraler Investitionsschutzpanels an den EuGH bei Intra-EU BITs?“, ZEuS 2010, 295, 303 m.w.N.; Müller, „Die Errichtung des Europäischen Patentgerichts – Herausforderung für die Autonomie des EU-Rechtssystems?“, EuZW 2010, 851 ff., 853), weshalb die hier zugrundeliegende Konstellation (Investor-Staat-Ebene) von Art. 344 AEUV bereits grundsätzlich nicht erfaßt wird.

Demgegenüber findet sich – soweit ersichtlich und abgesehen von dem zur Akte gereichten Rechtsgutachten der Professoren Dr. Dr. h.c. E und Dr. F – keine Quelle, die konkret die Ansicht vertritt, dass Art. 344 AEUV unmittelbar auch auf eine Streitigkeit zwischen einer Privatperson und einem Mitgliedstaat der EU anzuwenden sei.

Entsprechendes ergibt sich auch nicht aus der Stellungnahme der Europäischen Kommission vom 07.07.2010 an das Schiedsgerichts (siehe dort Rdnr. 24 ff.); dort

stellt die Kommission einleitend fest, dass „EU-Mitgliedstaaten (...) daher daran gehindert [werden], ihre Streitigkeiten „anders“ als in Art. 344 TFEU (ehemals Artikel 292 EGV) zu regeln“. Zwar hegt die Kommission, wie zu Rdnr. 29 ff. dieser Stellungnahme weiter ausgeführt, Bedenken gegen einen Investor-Staat-Schiedsmechanismus, wobei diese Vorbehalte maßgeblich daraus resultieren, dass es aus Sicht der Kommission unerwünscht ist, dass das Schiedsgericht einen Schiedsspruch verkünden könnte, der mit EU-Recht nicht vereinbar ist; eine explizite Aussage dahingehend, dass Art. 344 AEUV auch für Verfahren zwischen einem Investor und einem Mitgliedstaat der EU gilt, lässt sich diesen Ausführungen indes nicht entnehmen.

In die gleiche Richtung gehen auch die Äußerungen in der zuletzt eingereichten Stellungnahme der Kommission vom 13.10.2011 (vgl. Anlage AST 40, Bl. 483 ff. d.A.).

Danach gründet sich das Misstrauen der Kommission gegen die Zuständigkeit von Schiedsgerichten im Zusammenhang mit Investor-Staat-Streitigkeiten vor allem auf den Umstand, dass Schiedsrichter nicht verpflichtet seien, EU-Recht zu respektieren und auch keine Möglichkeit hätten, den EuGH im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens anzurufen (vgl. hierzu Bl. 450 f. d.A.). Die mögliche Gefahr von Schiedssprüchen, die EU-Recht widersprechen, vermag jedoch nicht per se eine unmittelbare Anwendung von Art. 344 AEUV auf Staat-Investor-Streitigkeiten zu begründen. Zum einen unterliegen Schiedssprüche ihrerseits der Kontrolle durch die staatlichen Gerichte (§§ 1059, 1062 Abs. 1 Nr. 4 ZPO bzw. § 1061 ZPO i.V.m. UN-Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche - UNÜ), die dann auch die Möglichkeit einer Vorlage an den EuGH haben (vgl. auch Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Auflage 2005, Kap. 16, Rdnr. 51, Fn. 90); zum anderen lässt sich ein grundsätzlich anderes Verständnis von Art. 344 AEUV oder eine Auslegung dieser Norm im Sinne der Antragstellerin diesen Ausführungen der Kommission nicht entnehmen.

Auch soweit sich die Antragstellerin zur Stützung ihrer Argumentation auf das vorgelegte Rechtsgutachten vom 27.10.2011 (Bl. 458 ff. d.A.) stützt, gebietet dieses

aus Sicht des Senats keine von der ganz herrschenden Meinung abweichende Beurteilung.

Den dortigen Ausführungen läßt sich in Anlehnung an die Haltung der Kommission entnehmen, dass eine unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 344 AEUV auch auf Streitigkeiten zwischen einem Staat und einem Investor deswegen befürwortet wird, weil das Schiedsgericht von sich aus keine Möglichkeit habe, die Klärung von möglichen EU-Fragen durch Vorlage an den EuGH nach Art. 267 AEUV zu erreichen. Auch hier bleibt aber unberücksichtigt, dass der Schiedsspruch selbst wiederum der Kontrolle durch die staatlichen Gerichte unterliegt und das staatliche nationale Gericht wiederum die Möglichkeit hat, ein Vorabentscheidungsverfahren einzuleiten (Schwab/Walter, a.a.O.).

Der Umstand, dass dem Schiedsgericht selbst diese Möglichkeit verschlossen ist, zwingt daher nicht zu der Annahme, Art. 344 AEUV müsse auch auf Streitigkeiten zwischen einem Staat und einem Investor Anwendung finden.

Ebensowenig überzeugt das in dem Rechtsgutachten angeführte weitere Argument, wonach die Gefahr bestehe, dass im Schiedsverfahren Europarecht möglicherweise überhaupt keine Berücksichtigung finden könnte. Die schlichte Gefahr etwa fehlerhafter, unzureichender oder lückenhafter Entscheidungen ist allen EU-Rechtssystemen immanent, führt aber nicht zu der von der Antragstellerin gewünschten Schlussfolgerung, wonach Art. 344 AEUV von vornherein der Zuständigkeit des Schiedsgerichts entgegensteht.

Der für die Überzeugungsbildung des Senats letztlich entscheidende Gesichtspunkt ist der Umstand, dass sich der Europäische Gerichtshof selbst bislang in keiner Entscheidung im Sinne der Auffassung der Antragstellerin geäußert hat.

Anhaltspunkte dafür, dass Art. 344 AEUV unmittelbar auch für Streitigkeiten zwischen einem Mitgliedstaat und einem Investor eines anderen Mitgliedstaates gelte oder nach der die generelle Zuständigkeit von Investitionsschiedsgerichten in Frage stünde, lassen sich der Rechtsprechung des EuGH – soweit ersichtlich und soweit von den Parteien vorgetragen – nicht entnehmen.

Vielmehr belegt das bereits erwähnte Gutachten des EuGH Nr. 1/09 vom 08.03.2011 (GRUR Int 2011, 309 ff.) Gegenteiliges.

In diesem Gutachten hat der EuGH gemäß Art. 218 Abs. 11 AEUV auf Bitte des EU-Rats zu einem Entwurf über die Schaffung eines gemeinsamen europäischen Patentgerichts Stellung genommen. Der Gerichtshof kam zu dem Schluss, dass die in diesem Entwurf vorgesehene ausschließliche Zuständigkeit des geplanten internationalen Patentgerichts für Klagen Einzelner im Zusammenhang mit dem Gemeinschaftspatent und zur Auslegung und Anwendung des Unionsrechts in diesem Bereich, den Gerichten der Mitgliedstaaten ihre Zuständigkeit zur Auslegung und Anwendung des Unionsrechts sowie dem Gerichtshof seine Zuständigkeit, auf die von diesen (nationalen) Gerichten zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen zu antworten, nehmen und damit die Zuständigkeiten verfälschen würde (vgl. Gutachten, a.a.O., S. 314).

Ungeachtet dessen, dass der diesem Entwurf zugrundeliegende Vorabentscheidungsmechanismus (ausschließliche Zuständigkeit des geplanten Patentgerichts im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens hinsichtlich der Auslegung und Anwendung des Unionsrechts und damit verbunden ein Ausschluss der nationalen Gerichte) mit der hier in Rede stehenden staatsgerichtlichen Überprüfungsmöglichkeit eines auf der Grundlage von Art. 8 Abs. 2 BIT ergangenen Schiedsspruchs nicht vergleichbar ist, hat der EuGH in seinem Gutachten ausdrücklich festgehalten, dass die Schaffung eines solchen Patentgerichts nicht gegen Art. 344 AEUV verstoßen könne, da sich dieser Artikel darauf beschränke, „den Mitgliedstaaten“ zu verbieten, Streitigkeiten über die Auslegung oder Anwendung der Verträge anders als in den Verträgen vorgesehen zu regeln. Da die Zuständigkeiten, die in dem Entwurf vorgesehen sind, sich jedoch auf Streitigkeiten von Einzelnen im Zusammenhang mit Patenten beschränke, sei Art. 344 AEUV insoweit nicht einschlägig (vgl. a.a.O., S. 312, Rdnr. 63).

Soweit allerdings die Kommission nach Darlegung der Antragstellerin aus diesem Gutachten den eindeutigen Schluss gezogen haben will, dass ein Investor-Staat-Streitbeilegungsmechanismus mit den Bestimmungen der EU-Verträge unvereinbar sei, bleibt hierbei abermals unberücksichtigt, dass Schiedssprüche, die auf der Grundlage der Schiedsklausel in Art. 8 Abs. 2 BIT ergehen, vor den staatlichen nationalen Gerichten überprüfbar sind und diese staatlichen Gerichte auch die Möglichkeit eines Vorabentsuchens haben. Insoweit wird den nationalen Gerichten – im Unterschied zu den Zuständigkeitsbestimmungen des

betreffenden Entwurfs - gerade nicht die Aufgabe entzogen, als „ordentliche Unionsgerichte“ das Unionsrecht durchzuführen und ggf. den Gerichtshof um eine Vorabentscheidung zu ersuchen (vgl. nochmals GRUR Int. 2001, S. 313, Rdnr. 79 ff.). Aus Sicht des Senats trifft es deshalb auch nicht zu, dass Schiedsverfahren völlig außerhalb des institutionellen und richterlichen Rahmens der EU stehen.

Auch der von den Parteien wiederholt zitierten sog. „MOX-Plant“-Entscheidung des EuGH (Urteil vom 30.05.2006, Az.: C-459/03 = EuZW 2006, 454 ff.) vermag der Senat keine Hinweise dafür zu entnehmen, dass der EuGH eine Anwendbarkeit des Art. 344 AEUV auch auf Streitigkeiten zwischen einem Einzelnen und einem Mitgliedstaat in Erwägung zieht. Vielmehr hat der EuGH auch in dieser Entscheidung betont, dass die zugrundeliegende Streitigkeit u.a. deswegen in den – ausschließlichen – Zuständigkeitsbereich des Gerichtshofs nach dem damaligen Art. 292 EGV fällt, weil sich in ihr zwei Mitgliedstaaten wegen angeblicher Nichtbeachtung gemeinschaftsrechtlicher Verpflichtungen gegenüberstehen (vgl. dort Rdnr. 127, 136, 152 sowie 169; vgl. auch die Anmerkung zu diesem Urteil, EuZW 2006, 470).

Ergänzend ist darauf zu verweisen, dass die Gemeinschaft selbst durch die Unterzeichnung des Energiechartavertrages (Energy Charter Treaty, ECT vom 17.12.1994) ihre Zustimmung zu ICSID und sonstigen Formen der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit zum Ausdruck gebracht hat, weshalb es nahe liegt, Schiedsgerichte auch im Fall von innergemeinschaftlichen Sachverhalten nicht per se als mit Gemeinschaftsrecht unvereinbar zu betrachten, zumal die fehlende (unmittelbare) Kontrolle des EuGH über Schiedsverfahren auch kein investitionsschutzrechtliches Spezifikum darstellt, sondern in ähnlichem Maße auch im Bereich der Handelsschiedsgerichtsbarkeit vorhanden ist, ohne dass hieran Anstoß genommen würde (vgl. hierzu Wehland: „Schiedsverfahren auf der Grundlage bilateraler Investitionsschutzabkommen zwischen EU-Mitgliedstaaten und die Einwendung entgegenstehenden Gemeinschaftsrechts, SchiedsVZ 2008, 222 ff., m.w.N.).

Nach alledem steht zu Überzeugung des Senats fest, dass nach der insoweit maßgebenden Rechtsprechung des EuGH Art. 344 AEUV auf die hier zugrundeliegende Investitionsstreitigkeit zwischen einem Mitgliedstaat und einem Investor

eines anderen Mitgliedstaates nicht anwendbar ist und diese Norm deshalb der Wirksamkeit der in Art. 8 Abs. 2 BIT enthaltenen Schiedsklausel nicht entgegensteht.

b) Auch unabhängig von der Vorschrift des Art. 344 AEUV ist ein Auslegungsmonopol des EuGH für EU-rechtliche Fragen nicht anzunehmen.

Wie das Schiedsgericht in seiner Zwischenentscheidung zu Rdnr. 278 ff. zutreffend ausgeführt hat, obliegt zwar dem EuGH die endgültige und maßgebliche Auslegung des Unionsrechts; dies enthebt die nationalen Gerichte und auch die Schiedsgerichte jedoch nicht von der eigenständigen Prüfung und Anwendung des Unionsrechts. Vielmehr wird unmittelbar geltendes Unionsrecht durch die mitgliedstaatlichen Gerichte in eigener Verantwortung angewendet und ausgelegt. Diese haben den Auftrag, die volle Wirksamkeit des Unionsrechts zu sichern und die subjektiven Rechte zu schützen, die es dem Einzelnen verleiht (vgl. Ehrlicke in: Streinz, EUV/AEUV, a.a.O., Rdnr. 6 zu Art. 267 AEUV; Wegener in: Calliess/Ruffert, a.a.O., Rdnr. 1 zu Art. 267 AEUV).

Auch im Falle eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV besteht die Rolle des Gerichtshofes allein darin, das Unionsrecht auszulegen oder über seine Gültigkeit zu entscheiden, nicht aber darin, dieses Recht auf den Sachverhalt anzuwenden, der dem Ausgangsverfahren zugrunde liegt; dies ist vielmehr Sache des nationalen Gerichts (Ehrlicke, a.a.O., Rdnr. 15).

So hat der EuGH in einer erst kürzlich ergangenen Entscheidung zu einem, ebenfalls vor ihrem EU-Beitritt abgeschlossenen Investitionsschutzabkommen zwischen der Slowakei und der Schweiz (vgl. hierzu EuGH, Urteil vom 15.09.2011, Az.: C264/09 = EuZW 2011, 793 ff., vgl. hierzu auch die Schlussanträge des Generalanwaltes vom 15.03.2011, zitiert nach juris) bekräftigt, dass es nicht seine Sache sei, das Investitionsschutzabkommen als solches auszulegen.

Entsprechendes lässt sich auch aus der sogenannten „Eco Swiss“-Entscheidung des EuGH ableiten (vgl. EuGH, Urteil vom 01.06.1999, GRUR Int. 1999, 737 ff., zitiert nach Beck-Online). In diesem Verfahren ging es um die Frage, ob das nationale Gericht im Rahmen einer Klage auf Aufhebung eines Schiedsspruches dieser Klage stattgeben muss, wenn er auf die Verletzung einer EU-Norm gestützt wird. Der EuGH hat darin ausdrücklich festgestellt, dass die Erfordernisse der Effizienz des

Schiedsverfahrens es rechtfertigen, Schiedssprüche nur in beschränktem Umfang zu überprüfen und die Aufhebung eines Schiedsspruchs oder die Versagung seiner Anerkennung nur in außergewöhnlichen Fällen vorzusehen. Soweit es jedoch um die Verletzung von Gemeinschaftsrecht geht, kann die Aufhebung des Schiedsspruchs durch das staatliche Gericht jedenfalls dann geboten sein, wenn die verletzte Norm des Gemeinschaftsrechts dem *ordre public* zuzuordnen ist (EuGH, a.a.O.). Der EuGH erkennt damit die nur eingeschränkten Kontrollmöglichkeiten ausdrücklich an, weist aber zugleich darauf hin, dass etwaige Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht unter *ordre-public*-Gesichtspunkten auch im Rahmen der gerichtlichen Überprüfung nach § 1059 ZPO Bedeutung erlangen können. Hieraus läßt sich zwanglos ableiten, dass auch aus EU-rechtlicher Perspektive Schiedsgerichte zur Auslegung von Investitionsschutzabkommen befugt sein können, während dem Europäischen Gerichtshof etwaige entscheidungserhebliche Fragen über die Auslegung von Unionsrecht aber nur über die in Art. 259 bzw. 267 AEUV vorgesehenen Wege zugetragen werden können.

Schließlich misst der Senat der von der Antragstellerin im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erwähnten Entscheidung des EuGH vom 14.06.2011 (Az.: C-196/09, *Miles u.a.* ./ Europäische Schulen = EuZW 2011, 670 ff.) keine für das vorliegende Verfahren maßgebende Bedeutung bei. In dieser Entscheidung hat der Gerichtshof seine Zuständigkeit für die Beantwortung eines von der Beschwerdekammer der Europäischen Schulen vorgelegten Vorabentscheidungsverfahrens verneint, weil die Beschwerdekammer nicht zu „einem Mitgliedstaat“, sondern zu den Europäischen Schulen, einem System besonderer Art, gehöre. Inwieweit sich aus dieser speziellen Auseinandersetzung mit Struktur und Organisation der von den EU-Mitgliedstaaten gemeinsam eingesetzten Beschwerdekammer Rückschlüsse auf die hier streitgegenständliche Frage nach der Wirksamkeit der Investitionsschiedsklausel ziehen lassen, erschließt sich nicht.

Zusammenfassend erachtet der Senat die Schlussfolgerung als gerechtfertigt, dass Art. 344 AEUV der Wirksamkeit der Schiedsklausel nicht entgegensteht, weil die Vorschrift schon grundsätzlich nicht auf Staat-Investor-Streitigkeiten anzuwenden ist und weil auch die nach nationalem Recht (§ 1059 ZPO) nur eingeschränkte

Überprüfungsmöglichkeit von Schiedssprüchen keine erweiternde Auslegung von Art. 344 AEUV veranlasst.

3. Wirksamkeit der Schiedsklausel nach Art. 30 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge

Zunächst ist festzuhalten, dass sich die Antragstellerin im hiesigen Verfahren nicht mehr auf eine mögliche Beendigung des BIT gemäß Art. 59 der Wiener Konvention (WVK) beruft. Während dieser Punkt im Schiedsverfahren noch Gegenstand eingehender Auseinandersetzung durch das Schiedsgericht war (vgl.

Zwischenentscheid des Schiedsgerichts, dort Rdnr. 231 ff.), hat die Antragstellerin im hiesigen Verfahren ausdrücklich klargestellt, dass sie eine mögliche Beendigung des BIT nach Art. 59 WVK hier nicht mehr geltend macht.

Soweit sich die Antragstellerin allerdings nach wie vor auf den Standpunkt stellt, dass Art. 8 Abs. 2 BIT wegen Art. 30 WVK unanwendbar sei, kann ihrer Argumentation mit Rücksicht auf die obigen Ausführungen ebenfalls nicht gefolgt werden.

Die Antragstellerin rückfolgert in diesem Zusammenhang unter abermaligem Verweis auf Art. 344 AEUV, dass die Regelungen des BIT insoweit nicht angewendet werden könnten, als sie mit EU-Recht unvereinbar seien.

Eine etwaige Unvereinbarkeit von Art. 8 Abs. 2 BIT mit EU-Recht ist aber nach den obigen Darlegungen auszuschließen; auch benennt die Antragstellerin über Art. 344 AEUV hinaus keine weitere Norm oder Bestimmung des EU-Rechts, die der Durchführung eines Schiedsverfahrens zwischen einem Mitgliedstaat und einem Investor entgegenstehen könnte.

4. Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot nach Art. 18 AEUV

Auch die behaupteten Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot rechtfertigen eine Entscheidung im Sinne der Antragstellerin nicht.

In Übereinstimmung mit dem Schiedsgericht erachtet der Senat es zwar für möglich, dass eine Schiedsklausel, die nur bestimmten Investoren den Zugang zum Schiedsgericht eröffnet, Diskriminierungsverbote des EU-Rechts verletzen kann; hieraus läßt sich jedoch nicht der Schluss ziehen, dass der hiesigen Schiedsklägerin der Zugang zum Schiedsgericht verwehrt ist; denn ein etwaiger Verstoß kann

letztlich nur zu einer Erweiterung von Rechten auch anderer Investoren, nicht aber zu einer Einschränkung der Rechte der Schiedsklägerin führen.

Der durch das BIT eröffnete Zugang zur Schiedsgerichtsbarkeit stellt für die Investoren der beteiligten Vertragsstaaten eine erweiterte Form des Rechtsschutzes in prozessualer Hinsicht dar und benachteiligt dadurch diejenigen, denen dieser Zugang verwehrt bleibt. Hieraus mag zu folgern sein, dass den benachteiligten Investoren ein Recht einzuräumen ist, diesen Zugang ebenfalls einzufordern (vgl. hierzu Friedrich, ZEuS 2010, S. 295 ff., 304, vgl. aber auch Wehland, a.a.O., S. 229 ff., wonach eine Meistbegünstigungsverpflichtung der Mitgliedstaaten vom EuGH im Ergebnis verneint werde); keinesfalls aber läßt sich auf dieser Grundlage die Unwirksamkeit der Schiedsklausel in Art. 8 Abs. 2 BIT zu Lasten der Schiedsklägerin herleiten. Dies ist schon im Hinblick auf den Vertrauensschutz abzulehnen: Investoren, die sich bei ihrer Investitionsentscheidung auf die Schutzwirkung eines BIT verlassen haben, sollen sich auch unmittelbar darauf berufen können (vgl. Friedrich, a.a.O.).

Da somit eine etwaige Diskriminierung zwischen den Parteien des Schiedsverfahrens gar nicht zum Tragen kommt bzw. für den Schiedsspruch auch nicht kausal sein kann, erweist sich der Einwand der Antragstellerin als unbeachtlich.

5. Verstoß gegen das Prinzip des gegenseitigen Vertrauens in die Gerichte der EU-Mitgliedstaaten

Auch unter diesem Blickwinkel ist die streitgegenständliche Schiedsklausel nicht zu beanstanden.

Schiedsgerichtsverfahren sind ein EU-weit anerkanntes Mittel zur Streitbeilegung und werden als der staatlichen Gerichtsbarkeit im Prinzip gleichwertige Rechtsschutzmöglichkeit angesehen (vgl. Zöller-Geimer, ZPO, Rdnr. 1 zu § 1025 ZPO; MüKo-Münch, a.a.O., Rdnr. 5 vor § 1025 ZPO; vgl. auch EuGH, „Eco Swiss, EuZW 1999, 565 ff.).

Es kann daher kaum nachvollzogen werden, inwieweit mit der in Art. 8 Abs. 2 BIT eingeräumten Befugnis, Rechtsschutz ggf. auf Wunsch des jeweiligen Investors vor einem Schiedsgericht zu erlangen, inzident eine Missachtung der Gerichte der EU-

Mitgliedstaaten verbunden sein sollte. Zu Recht weist die Nebenintervenientin darauf hin, dass konsequenterweise auch dem nationalen Gesetzgeber durch dessen Schaffung gesetzlicher Grundlagen zur Durchführung von Schiedsverfahren Misstrauen in die eigene staatliche Gerichtsbarkeit unterstellt werden müsste. Auch gibt es trotz der in jüngster Zeit verstärkt geführten Diskussion zu der Frage, wie Investitionsschutzabkommen künftig effektiv durchgesetzt werden können (vgl. hierzu Schröder, RIW 2010, 684 ff.; Herrmann, EuZW 2010, 207 ff.), keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Schiedsgerichtsbarkeit aus EU-Sicht generell in Frage gestellt wird. Wie bereits ausgeführt werden derartige Verfahren auch in der Europäischen Energiecharta ermöglicht, der die Union ebenfalls beigetreten ist. Ungeachtet dessen gilt jedenfalls wiederum der Grundsatz, dass die Antragstellerin nicht unter Verweis auf eine von ihr im BIT selbst angebotene Möglichkeit - nämlich das Angebot, sich auf Wunsch des Investors auf ein Schiedsverfahren einzulassen - hieraus nunmehr eine Folge zu Lasten der Schiedsklägerin ableiten kann. Die Schiedsklägerin durfte und darf sich auf das im BIT vereinbarte Angebot zur Durchführung eines Schiedsverfahrens verlassen. Die Schiedsklausel ist nicht wegen vermeintlichen Misstrauens in die staatlichen Gerichte der Antragstellerin unwirksam.

6. Unwirksamkeit der Schiedsklausel aus prozessökonomischen Erwägungen

Schließlich ist es dem Senat von Rechts wegen verwehrt, die Zuständigkeit des Schiedsgerichts aufgrund der Schiedsklausel allein deshalb zu verneinen, weil dem Schiedsgericht die Möglichkeit einer Vorlage an den EuGH verwehrt ist.

Im Verfahren nach § 1040 Abs. 3 ZPO beschränkt sich der Prüfungsumfang des staatlichen Gerichts auf mögliche Einwendungen nach den Bestimmungen der §§ 1029 ff. ZPO. Ist danach - wie hier - eine wirksame Schiedsklausel anzunehmen, die den Gegenstand des Schiedsverfahrens in sachlicher und persönlicher Hinsicht umfaßt, und bestehen auch im übrigen keine begründeten Einwände, so ist die Zuständigkeit des Schiedsgerichts zu bejahen.

Eine Ausnahme hiervon sieht das Gesetz nicht vor; sie kann auch nicht aus allgemeinen Erwägungen hergeleitet werden, die auf eine Umgehung der nationalen Vorschriften hinauslaufen würde. Soweit das Schiedsgericht seine Zuständigkeit zu Recht angenommen hat, können die im Anschluss an das weitere Verfahren vor dem

Schiedsgericht vorgesehenen staatlichen Kontrollmöglichkeiten (§ 1059 ZPO) nicht unter Verweis auf vermeintliche Gründe der Prozessökonomie umgangen werden. Hinzu kommt, dass das deutsche Verfahrensrecht über § 1050 ZPO dem Schiedsgericht die Möglichkeit staatsgerichtlicher Unterstützung eröffnet. So besteht für das Schiedsgericht von Rechts wegen die Möglichkeit, in Fällen, in denen sich in einem Schiedsverfahren Fragen des Gemeinschaftsrechts stellen, ein staatliches Gericht um Vorlage an den Gerichtshof zu ersuchen (vgl. Schwab/Walter., a.a.O., Kap. 16, Rdnr. 51, Fn. 91 unter Verweis auf EuGH, NJW 1982, 1207 f.). Für eine darüberhinausgehende abweichende Verfahrensweise besteht danach keine Notwendigkeit.

C.

Abschließend sieht der Senat keine Veranlassung, die Rechtssache dem Europäischen Gerichtshof zur Durchführung eines Vorabentscheidungsverfahrens vorzulegen.

Gemäß Art. 267 AEUV kann ein Gericht eines Mitgliedstaates dem Gerichtshof Verfahren zum Zwecke der Vorabentscheidung vorlegen, sofern Fragen nach der Auslegung einer Norm des Unionsrechts für die Entscheidung des Verfahrens maßgeblich sind. Dabei kann ein Gericht, dessen Entscheidung – wie hier nach § 1065 ZPO – noch angefochten werden kann, insbesondere dann, wenn es sich durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs für ausreichend unterrichtet hält, selbst über die richtige Auslegung des Unionsrechts und seine Anwendung auf den von ihm festgestellten Sachverhalt entscheiden.

Hingegen ist ein Gericht, dessen Entscheidung nicht mehr mit nationalen Rechtsmitteln angefochten werden kann, grundsätzlich verpflichtet, dem Gerichtshof eine solche Frage nach der Auslegung des Unionsrechts vorzulegen, es sei denn, es existiert bereits eine einschlägige Rechtsprechung (und der möglicherweise neue Kontext weckt keine echten Zweifel an der Möglichkeit, diese Rechtsprechung anzuwenden) oder die richtige Auslegung der fraglichen Rechtsnorm ist offenkundig (sog. „acte-claire-Doktrin“, vgl. Wegener in Calliess/Ruffert, a.a.O., Rdnr. 28 ff. zu Art. 267 AEUV).

Nach diesen Maßstäben scheidet eine Vorlage an den EuGH auf der Grundlage der von der Antragstellerin formulierten Vorlagefragen von vornherein aus.

Da die Rolle des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren darin besteht, das Unionsrecht auszulegen oder über seine Gültigkeit zu entscheiden, nicht aber darin, dieses Recht auf den Sachverhalt anzuwenden, der dem Ausgangsverfahren zugrunde liegt (dies ist vielmehr Sache des nationalen Gerichts), ist eine Beantwortung der hier seitens der Antragstellerin formulierten Fragen durch den EuGH nicht möglich. Denn die Fragestellungen zu Ziffer I. und II. zielen ganz konkret auf die Wirksamkeit der in Art. 8 Abs. 2 des streitgegenständlichen Investitionsschutzabkommens geregelten Schiedsklausel ab. Derartige konkrete Fragen zu der Wirksamkeit einer ganz spezifischen Vertragsklausel können nicht im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens geklärt werden (vgl. Ehrlicke, in Streinz, a.a.O., Rdnr. 14 zu § 267 AEUV; Wegener in: Calliess/Ruffert, a.a.O., Rdnr. 3 zu Art. 267 AEUV).

Erst recht gilt dies für die zu Ziffer III. formulierte Vorlagefrage, die zudem keinerlei Bezug zu der hier streitigen Frage nach der Zuständigkeit des Schiedsgerichts aufweist.

Aber auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass das vorlegende Gericht an die von den Parteien formulierten Vorlagefragen nicht gebunden ist, hält der Senat aus den oben dargelegten Gründen eine Vorlage an den Europäischen Gerichtshof für nicht geboten. Begründete Zweifel an der Auslegung des Art. 344 AEUV ergeben sich mit Blick auf die obigen Erwägungen nicht.

Diese können auch nicht daraus hergeleitet werden, dass sich der EuGH bislang noch nicht explizit zum Anwendungsbereich des Art. 344 AEUV auf Staat-Investor-Streitigkeiten geäußert hat. Allein das Fehlen einer entsprechenden Entscheidung vermag mit Blick auf den Wortlaut der Norm sowie unter Berücksichtigung des vom EuGH anerkannten Anwendungsbereichs auf Streitigkeiten zwischen den Mitgliedstaaten keine Unsicherheiten bezüglich der Auslegung dieser Norm zu wecken, die eine Vorlage an den Gerichtshof erforderlich macht.

Nach alledem sind die Anträge der Antragstellerin zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1, § 101 Abs. 1 ZPO.

Die Festsetzung des Gegenstandswertes beruht auf § 3 ZPO und berücksichtigt, dass für das Verfahren nach § 1040 Abs. 3 ZPO i.d.R. ein Bruchteil des Wertes des Schiedsverfahrens anzusetzen ist (etwa 1/5, vgl. zuletzt Senatsbeschluss vom 07.03.2012, Az.: 26 SchH 16/11; vgl. auch Zöller-Herget, a.a.O., Rdnr. 16 zu § 3 ZPO, Stichwort „Schiedsrichterliches Verfahren“).

Mit Blick auf den von den Parteien im Rahmen der mündlichen Verhandlung übereinstimmend angegebenen Gegenstandswert des Schiedsverfahrens in Höhe von rund € 64.000.000,00 ergibt sich der hier angenommene Wert.