

Relevanz des europäischen Beihilferechts für den schiedsrechtlichen Ordre Public*

MAGDALENA FRIEDRICH

Abstract

Die Anerkennung und Vollstreckung durch nationale Gerichte ist sowohl für inländische als auch für die immer grösser werdende Zahl an ausländischen Schiedssprüchen von grosser Bedeutung. Mit der Anerkennung und Vollstreckung schiedsrechtlicher Entscheidungen geht auch die Frage einher, unter welchen Umständen diese aufgrund einer Verletzung des sog *ordre public* zu versagen ist. Prüfen die einzelstaatlichen Gerichte die Vereinbarkeit des Schiedsspruchs mit den wesentlichen Prinzipien ihres Rechtssystems, haben diese immer öfter auch auf europäische und unionsrechtliche Grundsätze Bedacht zu nehmen. Der vorliegende Beitrag widmet sich der Rolle des europäischen Wettbewerbsrechts innerhalb der einzelstaatlichen *ordre public*-Prüfung und geht hier insb der Frage nach, ob dem Beihilferecht *ordre public*-Relevanz zukommt.

Schlagworte

Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen; Beihilferecht; *ordre public*; Schiedsgerichtsbarkeit; Wettbewerbsrecht

Rechtsquellen

Art 101 ff AEUV; Art 107 ff AEUV; Art 267 AEUV; Art 53 ff EWR-Abkommen; § 611 Abs 2 Z 8 öZPO; § 628 Abs 2 Z 8 FL ZPO Art 190 Abs 2 lit e schweizerischen IPRG; Art 5 Abs 2 lit b New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	138
II.	Zum Ordre public-Vorbehalt im Allgemeinen	138
III.	Europarecht und Schiedsrecht	139
	A. Anwendbarkeit	139
	B. »Unionisierung« des <i>ordre public</i>	139
	C. Fehlende Vorlageberechtigung der Schiedsgerichte zum EuGH	140
IV.	Beihilferecht als Teil des europäischen <i>ordre public</i>	141
	A. Ausgangsfall Rs <i>Eco Swiss</i>	141
	B. Übertragbarkeit der Rs <i>Eco Swiss</i> auf das europäische Beihilferecht	142
	C. Verfahrensrechtliche Überlegungen	143
V.	Europarechtlicher <i>ordre public</i> ausserhalb der Union?	143
	A. Rechtslage in Liechtenstein	143
	B. Situation in der Schweiz	144
VI.	Fazit	144

* Der vorliegende Aufsatz beruht auf einem Vortrag, welchen die Verfasserin im Rahmen des Seminars »Internationales Verfahrensrecht im Dreiländereck« zwischen den Universitäten Lausanne, Heidelberg und Innsbruck am 22. 5. 2020 gehalten hat. Das Vortragsmanuskript wurde um wesentliche Punkte erweitert. Stand der berücksichtigten Rechtslage: 8. 6. 2020.

I. Einleitung

Die sog EnBW-Affäre,¹ in welcher der damalige baden-württembergische CDU-Ministerpräsident ohne Zustimmung des Landtags die Aktienpakete der EnBW vom französischen Stromerzeuger EDF zurückkaufte, sorgte zu Beginn des letzten Jahrzehnts für Diskussionen² und führte nicht nur zu einem Untersuchungsausschuss und staatsanwaltlichen Ermittlungen, sondern auch zu einem Schiedsverfahren bei der Internationalen Handelskammer in Paris. Die beschwerdeführende Landesregierung Baden-Württembergs berief sich darauf, 840 Millionen Euro zu viel für die Aktien der EnBW gezahlt zu haben; folglich stelle der Kauf ebenjener eine wettbewerbswidrige Beihilfe dar. Unter dieser Annahme brachte die Landesregierung im Verfahren auch vor, der Kauf verstosse gegen zwingendes europäisches Recht, weswegen der Vertrag für nichtig zu erklären sei. Bei gegenteiliger Auffassung des Schiedsgerichts wurde eine schiedsrechtliche Aufhebungsklage wegen Verletzung des europäischen *ordre public* in Erwägung gezogen.³

Zwar kam das Schiedsgericht zu dem Schluss, dass der Kaufpreis nicht überhöht war und es somit am notwendigen finanziellen Vorteil für das Vorliegen einer Beihilfe iSd Art 107 AEUV mangle, die Frage der *ordre public*-Relevanz des Beihilferechts war indes medienwirksam gestellt.

Der vorliegende Beitrag widmet sich den Zusammenhängen zwischen Schiedsrecht und dem europäischen Wettbewerbsrecht. Vielfach hat sich die Literatur in diesem Zusammenhang mit der sog *Eco-Swiss*-Entscheidung des EuGH auseinandergesetzt.⁴ Dabei standen

aber das Kartellrecht und nicht das Beihilferecht der Europäischen Union im Vordergrund.

Im Folgenden bildet nun das europäische Beihilferecht den Schwerpunkt der Betrachtung. Es wird untersucht, inwiefern die Rechtsprechung des EuGH zur *ordre public*-Relevanz des Kartellrechts auch auf den beihilferechtlichen Teil des Wettbewerbsrechts übertragen werden kann. Darüber hinaus wird die Bedeutung des Wettbewerbsrechts für Schiedsverfahren im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) besprochen, um abschliessend durch einen Blick auf die schiedsfreundlichere Schweizer Rechtsprechung Probleme der Vollstreckbarerklärung bei Nichtbeachtung des europäischen *ordre public* aufzuzeigen.

II. Zum Ordre public-Vorbehalt im Allgemeinen

Ein Schiedsspruch entscheidet die zugrundeliegende Rechtssache endgültig und erlangt grundsätzlich mit Empfang durch die Parteien Rechtskraft.⁵ Diese *res iudicata*-Wirkung des Schiedsspruchs kann rückwirkend nur aus besonders wichtigen Gründen aufgehoben bzw angefochten werden. Einer dieser Aufhebungsgründe ist ein Verstoß gegen den sogenannten *ordre public*. Das Konzept des *ordre public* umfasst alle jene Normen, welche die grundlegenden Regeln des menschlichen Zusammenlebens, und hierbei vor allem des staatlichen und wirtschaftlichen Lebens, regeln.⁶ Die meisten Rechtsordnungen kennen einen solchen Vorbehalt. Deswegen variiert jedoch je nach Rechtstradition sowie sonstiger gesellschaftlicher Umstände. Die nähere Ausgestaltung des Anwendungsbereiches des Grundsatzes obliegt (im Rahmen seiner Zuständigkeiten) dem jeweiligen Gesetzgeber und der Auslegung der nationalen Behörden und Gerichte.⁷

Als Beispiel sind hier die österreichische und folglich die darauf basierende liechtensteinische ZPO⁸ genannt,

(Eco Swiss China Time Ltd/Benetton International NV), wbl 2001, 300.

- 1 Namensgebend war hierfür das deutsche Energieversorgungsunternehmen »EnBW Energie Baden-Württemberg AG«.
- 2 Siehe beispielsweise *Brost/Schieritz*, Ein ganz normales Geschäft, Der Kauf von EnBW gilt als einer der größten Skandale in Baden-Württemberg – aber stimmt das auch?, *Die Zeit* 2012/42; *Dahlkamp ua*, Verhängnisvolle Freundschaft, *Der Spiegel* 2012/29; *Dahlkamp/Kaiser/Wassermann*, Das Bananenlände, *Der Spiegel* 2011/43.
- 3 *Juve Nachrichten*, EnBW-Schiedsverfahren – EDF gewinnt mit Shearman und Cleary gegen Baden-Württemberg, online unter <<https://www.juve.de/nachrichten/verfahren/2016/05/enbw-schiedsverfahren-edf-gewinnt-mit-shearman-und-cleary-gegen-baden-wuerttemberg#:~:text=EnBW%2DSchiedsverfahren%3A%20EDF%20gewinnt%20mit%20Shearman%20und%20Cleary%20gegen%20Baden,keine%20840%20Millionen%20Euro%20zahlen>> [Letzter Zugriff: 8.6.2020].
- 4 Siehe bspw *Eilmansberger*, Die Bedeutung der Art. 81 und 82 EG für Schiedsverfahren, *SchiedsVZ* 2006, 5; *Furse/D'Arcy*, *Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton: E.C. Competition Law and Arbitration*, *ECLR* 1999, 392; *Niggemann*, Europäisches Wettbewerbsrecht und Schiedsgerichtsbarkeit: *Eco Swiss* und europäischer *Ordre Public* in der praktischen Anwendung in Frankreich, *SchiedsVZ* 2005, 265; *Remien*, Europäisches Kartellrecht (Artt. 81f. EG-Vertrag) als Eingriffsnorm oder *ordre public* in neueren internationalen Schiedsrechtsfällen, in *FS Jan Kroppoller* (2008) 869; *Zobel*, Art. 81 EGV im Schiedsgerichtsverfahren – Anmerkungen zum EuGH-Urteil vom 1.6.1999 Rs. C-126/97

- 5 *Zeiler*, *Schiedsverfahren*² (2014) § 607 Rn 1 f, 11 ff; *Horvath/Fischer/Prantl*, *Verfahrensbeendigung*, in *Torggler ua* (Hrsg), *Handbuch Schiedsgerichtsbarkeit*² (2017) 409 (424); *Walser*, *Rechtskraft von Schiedssprüchen in Liechtenstein*, *LJZ* 2016, 68 (69).
- 6 Siehe rezent für Liechtenstein: OGH 7.4.2020, LES 2020, 41; vgl für das Schrifttum *Horn*, *Zwingendes Recht in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, *SchiedsVZ* 2008, 209 (210).
- 7 Vgl *Wiebecke/Ruckteschler/Schifferl*, *Anfechtung des Schiedsspruchs (Aufhebungsverfahren)*, in *Torggler ua* (Hrsg), *Handbuch Schiedsgerichtsbarkeit*² (2017) 493 (511).
- 8 Das liechtensteinische Schiedsrecht fusst weitestgehend auf dem österreichischen Pendant, da die liechtensteinische ZPO von der österreichischen ZPO rezipiert wurde und im Ganzen stark auf dieser aufbaut sowie die Bestimmungen über das Schiedsverfahren nahezu wortgleich sind; vgl *Dasser/Reithner*,

welche seit dem Schiedsrechtsänderungsgesetz überdies in § 611 Abs 2 Z 8 österreichische ZPO sowie § 628 Abs 2 Z 8 liechtensteinische ZPO eine Legaldefinition des *ordre public* enthalten, wonach ein Schiedsspruch aufzuheben ist, wenn dieser Grundwerten der österreichischen/liechtensteinischen Rechtsordnung widerspricht.

Infolge dessen gelangt eine solche Aufhebung nur in seltenen, besonders eindeutig gelagerten Fällen zur Anwendung.⁹ Zu einer Verletzung des *ordre public* kommt es nur, wenn das Ergebnis des Schiedsspruchs gegen fundamentale Rechtsgrundsätze verstößt, nicht jedoch wenn die Begründung oder die rechtliche Beurteilung der Streitsache bloss fehlerhaft ist.¹⁰

III. Europarecht und Schiedsrecht

A. Anwendbarkeit

Zur Beurteilung der Frage, inwiefern das europäische Beihilferecht der Art 107 ff AEUV¹¹ fundamentale Grundsätze der wirtschaftlichen Ordnung im gerade dargelegten Sinne enthält, muss zunächst geklärt werden, ob und inwiefern nationale Gerichte bei der Überprüfung von Schiedssprüchen das Europarecht anzuwenden haben.¹²

Die Liechtensteinische Schiedsordnung (Liechtenstein Rules) (2013), 10; siehe auch *Walseer*, LJZ 2016, 68 (68).

9 Für Liechtenstein OGH 6.2.2015, LES 2015, 93; StGH 25.10.2010, StGH 2010/74, Erwgr 5.2. ff; siehe auch *Zeiler*, Schiedsverfahren § 611 Rn 36; vgl auch *Nueber*, Ausgewählte unionsrechtliche Aspekte, in Krauskopf/Babey (Hrsg), Internationales Wirtschaftsrecht – Schiedsverfahren und Prozessführung – Internationales Handelsrecht – Wettbewerbsrecht und Regulierung (2015) 47 (57).

10 *Zeiler*, Schiedsverfahren² § 611 Rn 35; *Wiebecke/Ruckteschler/Schifferl* in Torggler, Handbuch Schiedsgerichtsbarkeit² (2017) 493 (513).

11 Art 107 Abs 1 AEUV erklärt, soweit in den Verträgen nicht etwas anderes bestimmt ist, staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, als mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

12 Im Bereich der Beihilfeaufsicht liegt die Rolle der nationalen Gerichte vor allem in der privatrechtlichen Durchsetzung des Durchführungsverbots und weiterer Beschlüsse der Kommission. Während die Feststellung des Vorliegens einer Beihilfe bzw deren Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt auf der europäischen Ebene zentralisiert ist, können die einzelstaatlichen Gerichte angerufen werden, wenn eine Beihilfe gewährt wird, welche entweder nicht angemeldet wurde oder keine Genehmigung durch die Kommission vorliegt. In derartigen Fällen ist es die Aufgabe der nationalen Gerichte, die Rechte des Einzelnen zu schützen. Stellt eine Begünstigung eine Beihilfe iSd Art 107 AEUV dar und wurde diese (noch) nicht durch die Kommission für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt, so können sich auch die Wettbewerber des Empfängers gegen diese Beihilfe vor nationalen Gerichten zur Wehr setzen. Darüber hinaus sind die einzelstaatlichen Gerichte auch dazu berufen, Rückforderungen für unrechtmässig gewährte Beihilfen durchzusetzen; siehe ua Kommission, Bekanntmachung zur Durchsetzung des Beihilferechts, ABl C 85/1 v 9.4.2009, Rn 14 ff; vgl auch Schirmer,

Bereits Anfang der 1980er-Jahre stellte der EuGH in der Rs »Nordsee« *Deutsche Hochseeschifffahrt* fest, dass das Unionsrecht (damals noch Gemeinschaftsrecht) auch in Schiedsverfahren in vollem Umfang beachtet werden muss. Von der unmittelbaren Geltung und dem daraus entspringenden Vorrangs des Unionsrechts darf nicht durch Parteienvereinbarung abgewichen werden.¹³ Diese Feststellung des EuGH bindet folglich, wenn auch indirekt,¹⁴ neben den nationalen Gerichten bei der Überprüfung eines Schiedsspruchs auch die Schiedsgerichte selbst – berücksichtigt das Schiedsgericht die wesentlichen Bestimmungen des Unionsrechts nicht, so läuft es Gefahr, dass die ordentlichen Gerichte der Mitgliedsstaaten sich nachträglich veranlasst sehen könnten, den ergangenen Schiedsspruch auf dessen Unionsrechtskonformität zu überprüfen. Insb könnte einem nicht im Einklang mit dem Unionsrecht stehenden schiedsgerichtlichen Entscheid die Anerkennung und Vollstreckung versagt werden bzw es zu einer Aufhebung desselben aufgrund von Verletzungen des *ordre public* kommen.¹⁵ In Anbetracht einer etwaigen Haftung der Schiedsrichter, welche mit einer Aufhebung des Schiedsspruchs einhergehen kann, werden sich Schiedsrichter somit schon allein faktisch an das Europarecht gebunden fühlen.¹⁶

B. »Unionisierung« des *ordre public*

Basierend auf der soeben besprochenen Rs »Nordsee« *Deutsche Hochseefischerei* und die darin geforderte Beachtung des Europarechts im Rahmen nationaler Anerkennungs-, Aufhebungs- und Vollstreckbarerklärungsverfahren erfährt die Idee des *ordre public* als »Schutzschild«¹⁷ inländischer¹⁸ Wertvorstellungen eine Erweiterung um eine europarechtliche Komponente. In der Literatur hat diese Erweiterung des eigentlichen

Durchsetzung des EU- und EWR-Beihilferechts vor nationalen Gerichten, LJZ 2020, 65 (70 f).

13 EuGH 23.3.1984, C-102/81 (*Nordsee v Reederei Mond*), ECLI:EU:C:1982:107, Rn 14; vgl auch *Nueber* in Krauskopf/Babey, Internationales Wirtschaftsrecht, 47 (47); vgl ferner *Oberhammer*, Europäisches Beihilferecht und schiedsrechtlicher ordre public, GesRZ 2012, 29 (30).

14 Vgl *Thoma*, Die Europäisierung und die Vergemeinschaftung des nationalen ordre public (2007) 188 f insb Fn 58.

15 EuGH 23.3.1984, C-102/81 (*Nordsee v Reederei Mond*), ECLI:EU:C:1982:107, Rn 14.

16 Vgl zur Schiedsrichterhaftung in Österreich bspw *Hahnkamper*, Bildung des Schiedsgerichts in Torggler ua (Hrsg), Handbuch Schiedsgerichtsbarkeit² (2017) 318 (334 f); *Zeiler*, Schiedsverfahren § 587 Rn 78.

17 *Hay*, Comments on Public Policy in Current American Conflicts Law, in FS Kropholler (2008) 89.

18 Vgl § 611 Abs 1 Z 8 öZPO, welcher die Aufhebung eines Schiedsspruches vorsieht, wenn »Grundwertungen der österreichischen Rechtsordnung« widersprochen wird; vgl jedoch § 628 Abs 1 Z 8 liechtensteinische ZPO, welcher hingegen von Grundwerten der »liechtensteinischen Rechtsordnung« spricht.

nationalen Konzepts um Quellen des Unionsrechts unter dem Begriff »Vergemeinschaftung« des *ordre public* Eingang gefunden.¹⁹ Strittig ist, inwiefern diese nunmehr »Unionisierung« des *ordre public* diesen zu einem eigenständigen, vom rein inländischen *ordre public* losgelösten, unionsrechtlichen Begriff macht oder lediglich zu einer Erweiterung der jeweiligen nationalen *ordre public*-Tatbestände um eine europäische Komponente führt.

Zur Begründung eines gesonderten europäischen *ordre public*-Tatbestands werden allen voran die Wettbewerbsregeln der Art 101 ff AEUV ins Treffen geführt. So sollen diese, einer positiv-gestalterischen Konzeption des *ordre public* folgend,²⁰ auf unmittelbarem Wege gewissen europäischen Wertvorstellungen zur Durchsetzung verhelfen und somit abgesondert vom jeweiligen Vertragsstatut beachtet werden.²¹

Obgleich die Bedeutung der Wettbewerbsregeln für den Binnenmarkt nicht in Abrede gestellt werden soll,²² wird diese Auffassung einer Eigenständigkeit eines europäischen *ordre public in concreto* abgelehnt.²³ Das Unionsrecht nimmt unbestritten immer mehr Einfluss auf die Ausgestaltung des nationalen *ordre public* der Mitgliedsstaaten, von einem selbstständigen Vorbehalt kann hier allerdings noch nicht²⁴ gesprochen werden. Das Unionsrecht bzw einzelne Bereiche dessen²⁵ schränken den Beurteilungsspielraum der nationalen Gerichte in der Auslegung des *ordre public*-Tatbestands ein. Nichtsdestotrotz beziehen Gerichte der Mitgliedsstaaten europäische Massstäbe innerhalb der Prüfung der nationalen öffentlichen Ordnung mit ein und sehen

diese eben nicht abgelöst von nationalen Wertungen.²⁶ Europarechtliche Normen sind sohin Teil inländischer Wertvorstellungen.

Während der Unterscheidung zwischen einem »unionisierten« inländischen oder eigenständigen europäischen *ordre public* für nationale Gerichte im Rahmen von Aufhebungs- bzw Vollstreckbarerklärungsverfahren kaum Bedeutung zuzumessen ist – das Ergebnis wird dasselbe sein – ist diese möglicherweise eigenständige Qualifikation hinsichtlich der Beurteilung der Befugnis der Inhaltsprüfung des EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens von Relevanz. Im Falle der Eigenständigkeit eines europarechtlichen *ordre public* wäre der EuGH befugt, diesen inhaltlich bindend für die nationalen Gerichte auszulegen und zu konkretisieren. Unter der gegenteiligen, hier vertretenen Annahme einer lediglich unionsrechtlichen »Anreicherung«, beschränkt sich der Prüfumfang des EuGH bei Berufung auf den *ordre public* auf die Einhaltung des Unionsrechts.²⁷

C. Fehlende Vorlageberechtigung der Schiedsgerichte zum EuGH

Der Umfang der Prüfkompetenz des EuGH sollte nicht losgelöst von der ebenfalls im Urteil »Nordsee« *Deutsche Hochseefischerei* angesprochenen Ablehnung einer Vorlageberechtigung privater Schiedsgerichte besprochen werden.²⁸ Aufgrund der fehlenden Verpflichtung, einen Rechtsstreit mittels Schiedsverfahren zu lösen,²⁹ mangelt es dem Schiedsverfahren an »einem hinreichenden Bindeglied zur öffentlichen Gewalt der Mitgliedstaaten.«³⁰ Mangels hinreichender Beziehung eines Schiedsgerichtsverfahrens zum allgemeinen Rechtssystem eines Mitgliedsstaats ist ein Schiedsgericht nicht als »Gericht eines Mitgliedsstaats« iSd Art 267 AEUV zu werten.

19 Vgl *v Hein* in Säcker ua, Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch⁸ EGBGB Art 6 Rn 153 (2020), 168 f welcher diesen Begriff jenem der »Europäisierung« gegenüberstellt. Letzterer hat keine spezifisch primär- und sekundärrechtliche Prägung, sondern ist Ausdruck aller allgemeuropäischen Rechtsquellen, insb auch der EMRK. Nach *v Hein* komme dieser Aufteilung keine überragende Bedeutung zu, da insb die Grundrechtecharta der EU weitestgehend der EMRK entspricht.

20 Zur Unterscheidung zwischen der positiven und negativen Funktion des *ordre public* vgl *Basedow*, Die Verselbständigung des europäischen *ordre public*, in FS Sonnenberger (2004), 291 (296 f).

21 *v Hein*, MüKoBGB, EGBGB Art 6 Rn 174.

22 Zur Bedeutung der Zielvorstellung für die Einordnung des Wettbewerbs als *ordre public*-relevant siehe sogleich in IV.

23 *v Hein*, MüKoBGB, EGBGB Art 6 Rn 173, 175; aA *Basedow*, Verselbständigung, 306 ff, welcher zumindest für eine gedankliche Abgrenzung des europäischen *ordre public* neben einem nationalen und internationalen *ordre public* argumentiert.

24 Vgl *v Hein*, MüKoBGB, EGBGB Art 6, welcher in Rn 169 betont, dass sich dieser Tatbestand wohl in einem *status nascendi* befindet, dessen Entwicklungsprozess noch nicht abgeschlossen ist und es durchaus zu einer künftigen Eigenständigkeit des europäischen *ordre public* Tatbestands kommen kann; siehe zur fortwährenden Entwicklung des europäischen *ordre public* auch *Basedow*, Verselbständigung, 309 ff.

25 Man denke hier vor allem an die EU-Grundrechte und Grundfreiheiten, darüber hinaus wie gezeigt werden soll auch das europäische Wettbewerbsrecht.

26 *Thoma*, Europäisierung, 169 ff, 252; *Fröhlich*, Der gemeuropäische *ordre public* (1997) 169 ff; Vgl für einen Überblick über die verschiedenen in der Literatur vertretenen Auffassungen des Umfangs des europäischen Einflusses sowie verwendeten Begriffe *Colombi Ciacchi*, Internationales Privatrecht, *ordre public* européen und Europäische Grundrechte, ZERP-Diskussionspapier 1/2008, 30 f, online unter <https://www.unibremen.de/fileadmin/user_upload/fachbereiche/fb6/fb6/Forschung/ZERP/PDF/Diskussionspapiere/dp1_2008.pdf> [Letzter Zugriff: 4. 8. 2020].

27 *v Hein*, MüKoBGB, EGBGB Art 6 Rn 154 ff.

28 EuGH 23. 3. 1984, C-102/81 (*Nordsee v Reederei Mond*) Rn 7 ff; vgl auch *Oberhammer*, GesRZ 2012, 29 (31).

29 Den Parteien des Schiedsverfahrens steht der Gang vor die ordentlichen Gerichte frei.

30 *Fredriksen*, Europäisches Vorlageverfahren und nationales Zivilprozessrecht (2009) 135; siehe auch EuGH 13. 2. 2014, C-555/13 (*Merck Canada Inc. gegen Accord Healthcare Ltd ua*), ECLI:EU:C:2014:92, Rn 17 in welchen der EuGH erneut seine Rechtsprechung in der Rs »Nordsee« *Deutsche Hochseefischerei* bestätigt.

Dadurch, so die teils laute Kritik, werde einem nicht unwichtigen Teil der Rechtsprechung der Zugang zu diesem wichtigen Instrument des europäischen Rechtsschutzes verwehrt und die Rechtseinheit des Binnenmarkts aufgrund einer befürchteten weiteren Überbelastung des EuGH aufs Spiel gesetzt.³¹

Dieser Umstand bringt die Schiedsgerichte in die Bredouille, einerseits bei Streitigen Fragen nicht den EuGH anrufen zu können, andererseits laufen in dieser Ungewissheit ergangene Schiedssprüche Gefahr, bei Verletzung des europäischen *ordre public* von den nationalen Gerichten aufgehoben zu werden.³² Von einigen Autoren wird der Vorbehalt des *ordre public* in den nationalen Schiedsordnungen zu Recht als ein flexibles »Einfallstor«³³ zur Geltendmachung europäischer Rechtsgrundsätze innerhalb des nationalen Verfahrensrechtes bezeichnet.

IV. Beihilferecht als Teil des europäischen *ordre public*

Basierend auf den Besonderheiten des Schiedsverfahrensrechts und der Ausnahmestellung des *ordre public*-Vorbehalts, erkennt auch der EuGH an, dass eine Aufhebung von Schiedssprüchen nur in aussergewöhnlichen Fällen erfolgen soll.³⁴ Entsprechend der national geprägten Konzeption des *ordre public* kann nicht jeder Verstoss gegen eine nationale Norm als Verstoss gegen den *ordre public* gewertet werden. Aus dem Anwendungsvorrang unionsrechtlicher Normen allein folgt nicht, dass das Unionsrecht als Ganzes übergeordnete Bedeutung für die inländische Rechtsordnung habe.³⁵

Deswegen stellt sich im Rahmen einer europarechtlichen Überprüfung eines Schiedsspruchs die Frage, welche Verstösse als derart gravierend gelten, dass sie gegen einen europarechtlichen *ordre public* verstossen. Insb interessiert hier, ob und inwiefern das europäische Beihilferecht unter diesen *ordre public* Vorbehalt fallen kann.

A. Ausgangsfall Rs *Eco Swiss*

Dass der Verstoss gegen die Bestimmungen des europäischen Kartellrechts ein Verstoss gegen die öffentliche Ordnung der Mitgliedsstaaten darstellt, legte der

EuGH ca 15 Jahre nach seiner *Nordsee*-Entscheidung in dem vielbeachteten³⁶ Urteil *Eco Swiss*³⁷ fest. Diesem Entscheid lag in einem nationalen Ausgangsverfahren ein Begehren auf Aufhebung sowie Aussetzung der Vollstreckbarerklärung zweier Schiedssprüche zugrunde, welche die Antragstellerin Benetton International NV zur Zahlung von Schadenersatz an Eco Swiss China Time Ltd verpflichteten. Ihr Begehren begründete die Antragstellerin damit, dass der zugrundeliegende Lizenzvertrag wegen Verstoss gegen die kartellrechtliche Bestimmung des ex-Art 81 EG-Vertrag (nunmehr Art 101 ff AEUV) nichtig und dadurch nicht *ordre public*-konform sei. Diese Frage wollte das niederländische Höchstgericht im Wege eines Vorabentscheidungsersuchens vom EuGH geklärt wissen. Der EuGH entschied, dass die wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen des europäischen Kartellrechts Teil der öffentlichen Ordnung der einzelnen EU-Mitgliedsstaaten und somit *ordre public* relevant sind.

Die in Frage stehenden Bestimmungen sind für die Erfüllung der Aufgaben der Gemeinschaft und allen voran den europäischen Binnenmarkt unentbehrlich. Mit Verweis auf die Zielbestimmungen des ex-Art 3 Abs 1 lit g des EG-Vertrags³⁸ und der darin enthaltenen Wertung, dass der Wettbewerb vor Verfälschungen geschützt werden soll, definiert der Vertrag eben jenen Wettbewerbschutz als wichtige Zielbestimmung.³⁹ Die Nennung des Wettbewerbsschutzes an einer derart prominenten Stelle im Vertrag sowie die primärrechtliche Verankerung der kartellrechtlichen Bestimmungen deuten, so der EuGH, auf die besondere Relevanz dieser Vorschriften für das europäische Projekt hin – die Wettbewerbsbestimmungen sind essentieller Teil der europäischen Wirtschaftsverfassung.⁴⁰

Liegt dem Urteil *Eco Swiss* zwar ein kartellrechtlicher Fall zugrunde, soll nun gezeigt werden, dass die Auffassung des EuGH auf das Beihilferecht übertragbar ist.⁴¹

31 Fredriksen, Vorlageverfahren 135 mwN.

32 Oberhammer, GesRZ 2012, 29 (32).

33 v Hein, MüKoBGB, EGBGB Art 6 Rn 160, vgl auch Oberhammer, GesRZ 2012, 29 (31).

34 EuGH 1.6.1999, C-126/97 (*Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV*), ECLI:EU:C:1999:269 Rn 35.

35 Vgl Oberhammer, Gemeinschaftsrecht und schiedsrechtlicher ordre public, RdW 1999, 62.

36 Siehe Fn 4.

37 EuGH 1.6.1999, C-126/97 (*Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV*).

38 Dieser lautete: »Die Tätigkeit der Gemeinschaft im Sinne des Artikels 2 umfaßt nach Maßgabe dieses Vertrags und der darin vorgesehenen Zeitfolge [...] ein System, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen schützt.«

39 Diese Zielbestimmung findet sich nunmehr in Protokoll Nr 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb, ABl EU 2008 C 115, 309. Da dieses ebenso zum europäischen Primärrecht gehört, verliert die neue Stellung dieser Bestimmung nicht an Bedeutung; Becker in Becker ua (Hrsg), Schwarze EU-Kommentar⁴ (2019) Art 51 EUV Rn 2. Darüber hinaus enthält Art 3 Abs 3 EUV weiterhin die Zielvorschriften über die Wettbewerbspolitik.

40 EuGH 1.6.1999, C-126/97 (*Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV*); siehe vertiefend Th. Müller, Wettbewerb und Unionsverfassung (2014) passim.

41 Siehe hingegen Rusche, State Aid and Arbitration, CLPD 2017, 70 (77 f), welcher die Entscheidung *Eco Swiss* ohne weitere argumentative Abwägungen direkt auch auf beihilferechtliche Sachverhalte überträgt.

B. Übertragbarkeit der Rs *Eco Swiss* auf das europäische Beihilferecht

Gemeinsam mit dem EU-Kartellrecht der Art 101 ff AEUV bilden die beihilferechtlichen Bestimmungen der Art 107 ff AEUV zusammen die Wettbewerbsregeln der internen Politiken und Massnahmen der Union. Beide Teile des Wettbewerbsrechts sind seit der Gründung der EWG im selben Kapitel des EG-Vertrages (nunmehr AEUV) enthalten. Bereits bei der Schaffung der EWG waren den Vertragsparteien bewusst, dass das Ziel des Gemeinsamen Marktes nicht nur durch wettbewerbswidrige Absprachen einzelner privater Unternehmen gefährdet ist, sondern auch Mitgliedsstaaten verleitet sein können, Massnahmen zu treffen, die den grenzüberschreitenden Handel behindern.⁴² Kartellrecht und Beihilferecht verfolgen somit seit deren Verankerung in den Unionsverträgen ein gemeinsames Ziel, nämlich den Schutz des europäischen Wettbewerbs.⁴³

Für das EU-Wettbewerbsrecht sind die beihilferechtlichen Regeln ebenso unerlässlich wie das Kartellrecht. Der EuGH leitet in seiner Begründung die Zugehörigkeit des Kartellrechts zum europäischen *ordre public* nicht aus den besonderen Eigenschaften des Kartellrechts selbst ab. Im Gegenteil, der Gerichtshof stützt seine Argumentation auf die allgemein gehaltene Formulierung des damaligen Art 3 EG-Vertrags. Demnach kann der Schluss, dem Kartellrecht komme grundlegende Bedeutung für den Binnenmarkt zu, ebenso auf das Beihilferecht als zweite, staatsgerichtete Seite des Wettbewerbsrechts übertragen werden.⁴⁴

Als weiteres, mE nach jedoch nur hilfsweise vorgebrachtes Argument, führt der EuGH die zwingend angeordnete Nichtigkeit der durch die Bestimmung des ex-Art 85 EG-Vertrags verbotenen Handlungen an.⁴⁵ Eine ausdrückliche, insb wiederrum primärrechtlich vorgesehene Nichtigkeit dieser kartellrechtswidrigen Vereinbarungen und Beschlüsse wertet der EuGH als Nachweis für die besondere Stellung des Kartellrechts

im Binnenmarkt.⁴⁶ Eine solche Nichtigkeitsklärung ist im Beihilferecht nicht vorgesehen. Daraus ergibt sich aber nicht, dass der EuGH das Beihilferecht von einem europäischen *ordre public* ausschliessen wollte.

Die wettbewerbsverzerrende Natur von Beihilfen als staatliche Eingriffe in den Markt kann nicht eins zu eins mit der Ausgestaltung und Wirkung von privaten marktschädlichen Absprachen und Kartellen verglichen werden. Die Einhaltung der beihilferechtlichen Bestimmungen wird deswegen nicht durch die Nichtigkeitsklärung von Beschlüssen, sondern eine Anmeldepflichtung der Mitgliedsstaaten⁴⁷ zusammen mit einer fortlaufenden Überprüfung staatlicher Beihilfen durch die Europäische Kommission gewährleistet.⁴⁸ Mittels diesem zentralen System der Beihilfenaufsicht kann die Kontrollverantwortung der Kommission für den Binnenmarkt am effektivsten sichergestellt werden.⁴⁹ Der im Art 108 AEUV primärrechtlich angeordnete Genehmigungsvorbehalt für geplante Beihilfen und die insb fortlaufende Überprüfung durch die Kommission hebt – analog zur Nichtigkeit kartellrechtswidriger Vereinbarungen – die Bedeutung des Beihilferechts für das Funktionieren des Binnenmarkts hervor. Aus einer fehlenden primärrechtlichen Nichtigkeit beihilferechtswidriger Beschlüsse folgt daher nicht, dass dieses Hilfsargument gegen die *ordre public*-Relevanz des Beihilferechts vorgebracht werden kann. Vielmehr spricht dies meiner Einschätzung nach gerade für eine Übertragung des Urteils *Eco Swiss* auf die implementierte Beihilfenaufsicht. Demgemäss hat die Bedeutung der Bestimmungen des Beihilferechts die Verfasser des EG-Vertrags veranlasst, eben jene Verpflichtung einer Anmeldung neuer Beihilfen und ein fortlaufendes Kontrollsystem durch die Kommission anzuordnen.^{50,51}

42 *Brinker*, in Becker ua (Hrsg), Schwarze, EU-Kommentar⁴ Artikel 101 AEUV Rn 1. Beihilfen verfälschen den Wettbewerb insb dahingehend, dass diese unabhängig von marktüblichen Überlegungen gewährt werden und somit finanzielle Anreize abseits der Wettbewerbsbedingungen schaffen. Zudem würde es mangels Beihilfenkontrolle zu einem mitgliedstaatlichen Systemwettbewerb kommen, indem Beihilfen wie Preisnachlässe auf Standortsteuern funktionieren können und so Standortentscheidungen von Unternehmen massgeblich beeinflussen können. Siehe eingehend *Heinrich*, Einleitung, in Birnstiel/Bungenberg/Heinrich (Hrsg), Europäisches Beihilfenrecht (2013) 47 (Rn 95 ff).

43 Vgl *Bungenberg* in Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht (2013) 47 (Rn 127).

44 *Oberhammer*, GesRZ 2012, 29 (33).

45 EuGH 1.6.1999, C-126/97, Rn 36 (*Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV*).

46 EuGH 1.6.1999, C-126/97 Rn 36 (*Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International/NV*).

47 Art 108 Abs 3 AEUV.

48 Art 108 Abs 1 und Abs 2 AEUV.

49 Eine in den jeweiligen Mitgliedsstaaten durchgeführte Kontrolle würde wiederum die Gefahr eines Subventionswettlaufs in sich bergen. Vgl *Bungenberg*, Kapitel 2, 1. Teil Beihilfeverfahrensrecht: Artikel 108 AEUV, in Birnstiel/Bungenberg/Heinrich (Hrsg), Europäisches Beihilfenrecht (2013) 847 (Rn 3).

50 Siehe auch GA *Geelhoed* 16.5.2002, C-321/99 P (*ARAP ua/Kommission*) Rn 189, in welchen der Generalanwalt den Urteilstenor in der Rs *Eco Swiss* direkt auf die beihilferechtliche Situation überträgt.

51 Zum selben Ergebnis der *ordre public*-Relevanz des Beihilferechts, jedoch unter Hervorhebung des zwingenden Charakters von sowohl kartellrechtlichen als auch beihilferechtlichen Bestimmungen, kommt auch *Oberhammer* (*Oberhammer*, GesRZ 2012, 29 [34]). In einem älteren Aufsatz verweist *derselbe* zudem auf die besondere Bedeutung von sog Eingriffsnormen. Als solche gelten Rechtsvorschriften, welche als »Lenkungsmaßnahmen im öffentlichen Interesse erlassen wurden und bei denen aufgrund ihres eigenen Anwendungswillens eine kollisionsrechtliche Sonderanknüpfung geboten ist« (*Oberhammer*, RdW 1999, 62). Aus dieser Sonderanknüpfung schliesst sich die besondere Bedeutung dieser Eingriffsnormen, zu welchen *Oberhammer*

C. Verfahrensrechtliche Überlegungen

Im Ergebnis hat das Schiedsgericht zwar die beihilferechtlichen Bestimmungen anzuwenden, die Zuständigkeit der Prüfung über das Vorliegen einer Beihilfe und deren Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt liegt jedoch einzig und allein bei der Kommission.⁵² Die Schiedsgerichte dürfen im Rahmen der Beihilfeaufsicht nur die Rolle der einzelstaatlichen Gerichte übernehmen. Diese Rolle umfasst aufgrund der unmittelbaren Wirkung des Art 108 Abs 3 AEUV die Durchsetzung des Rechts.⁵³ So sind die nationalen Gerichte zur Rückforderung unrechtmässig gewährter Beihilfen berufen. Unrechtmässig gewährt ist eine Beihilfe insb auch dann, wenn diese entgegen Art 108 Abs 3 AEUV bei der Kommission nicht rechtzeitig angemeldet wurde und entgegen dem Durchführungsverbot gewährt wurde. Im Rahmen dessen kann ein Schiedsgericht über die von einer Partei geltend gemachten Rückforderungsansprüche aufgrund eines vermeintlichen Verstosses gegen die Anmeldeverpflichtung entscheiden, nicht aber über das Vorliegen einer Beihilfe selbst.⁵⁴

V. Europarechtlicher *ordre public* ausserhalb der Union?

A. Rechtslage in Liechtenstein

Die drei EFTA-Staaten des EWR Island, Liechtenstein und Norwegen haben durch ihren Beitritt zum EWR den Binnenmarkt-*acquis* der Union übernommen. In den Art 53 ff EWR-Abkommen sowie den Anhängen XIV bis XVII des EWR-Abkommens finden sich quasi wort-

gleich die Wettbewerbsregeln der Art 101 ff AEUV wieder. Darüber hinaus entspricht die Zielbestimmung des Art 1 Abs 2 EWR-Abkommens jener des ex-Art 3 Abs 1 lit g) des EG-Vertrags, wonach die Einrichtung eines vor Wettbewerbsverfälschungen geschützten Systems angestrebt werden soll.

Aufgrund des in Liechtenstein geltenden Vorrangs der EWR-Bestimmungen vor nationalem Recht⁵⁵ müssen Schiedsgerichte mit Sitz in diesem EWR-Staat die einschlägigen europarechtlichen Regelungen (soweit sie in das EWR-Abkommen übernommen wurden) berücksichtigen. Verletzungen des EWR-Abkommens können auch als Verletzungen des liechtensteinischen *ordre public* gewertet werden.⁵⁶

Demnach sind die vorangegangenen unionsrechtlichen Ausführungen auch auf den EWR übertragbar. Das europäische Wettbewerbsrecht und folglich die beihilferechtlichen Bestimmungen sind zwingend von Schiedsgerichten im EWR anzuwenden und von den nationalen Gerichten Liechtensteins zu beachten. Ein Verstoß gegen die Bestimmungen des EU/EWR-Wettbewerbsrechts kann auch in Liechtenstein zu einer Aufhebung des Schiedsspruchs bzw Versagung einer Vollstreckbarerklärung aufgrund einer Verletzung des inländischen *ordre public* führen.⁵⁷

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang die pragmatische Ansicht des EFTA-Gerichtshofs, welcher entgegen der vom EuGH vertretenen Ansicht, eine mögliche Vorlagebefugnis von Schiedsgerichten nicht ausschliesst.⁵⁸ Es verstosse nicht gegen den Homogenitätsgrundsatz,⁵⁹ dass der EFTA-Gerichtshof Marktteilnehmern und somit auch Schiedsgerichten einen erweiterten Zugang zur Justiz einräume. Insb kämpfe der EFTA-Gerichtshof nicht mit einer Überbelastung, sondern fehle diesem im Bereich des Privatrechts gerade an einer für eine konsistente Rechtsprechung wichtigen Anzahl an Verfahren. Darüber hinaus

auch die kartellrechtlichen Bestimmungen des Primärrechts zuzählt.

52 Bekanntmachung der Kommission über die Durchsetzung des Beihilfenrechts durch die einzelstaatlichen Gerichte, ABl EU 2009 C 85, 1, Rn 34.

53 Für einen Überblick zur Durchsetzung des EU- als auch EWR-Beihilfenrechts vor dem einzelstaatlichen Gerichten siehe *Schirmer*, Die Durchsetzung des EU- und EWR-Beihilfenrechts vor nationalen Gerichten, LJZ 2020, 65, sowie *Schirmer/Steiner*, Liechtenstein, in EFTA Surveillance Authority (Hrsg.), Study on state aid private enforcement by national courts in the EFTA EEA states (2019), online abrufbar unter <https://www.liechtenstein-institut.li/application/files/8915/7435/8125/EEA_EFTA_State_Aid_Private_Enforcement_Study.pdf> [Letzter Zugriff: 8.6.2020], 34.

54 Siehe auch Feststellungen des Schiedsgerichts im Rechtsstreit zwischen dem Land Baden-Württemberg und EdF, Rn 326–331, welches in seinem Schiedsspruch nur den Tatbestand der Vorteilsgewährung im Sinne eines ungerechtfertigten Kaufpreises prüft. Im Ergebnis kommt das Schiedsgericht zu dem Schluss, dass die Klägerin nicht ausreichend beweisen kann, dass der Kaufpreis der Aktien überhöht war (Rn 523 ff); siehe Internationaler Schiedsgerichtshof, 6.6.2016, Schiedsverfahren Nr. 18519/GFG (*Neckarpri GmbH/EDF International SAS/Land Baden-Württemberg*) online unter <https://ec.europa.eu/competition/court/neckarpri_de.pdf> [Letzter Zugriff: 8.6.2020].

55 *Bussjäger*, Rechtsfragen des Vorrangs und der Anwendbarkeit von EWR-Recht in Liechtenstein, LJZ 2006, 140 (142); siehe zuletzt auch *Baur*, Unmittelbare Wirkung und Vorrang im EWR: Schutz einer abstrakten Souveränität der EFTA-Staaten oder konkreter Rechtsschutz für Bürger und Unternehmen?, LJZ 2020, 56 (59 ff).

56 Eine solche Verletzung ist auch hier von Amts wegen zu überprüfen; *Walser*, Schiedsfähigkeit im liechtensteinischen Recht (2018) 322 f.

57 *Walser*, Schiedsfähigkeit 323.

58 Siehe *Baudenbacher*, Enforcement of EC and EEA Competition Rules by Arbitration Tribunals inside and outside the EU, in Ehlermann/Atansiu (Hrsg.) European Competition Law Annual 2001 (2003) 341 (356 Fn 59); siehe auch *Fredriksen*, Vorlageverfahren, 136.

59 Zur Bedeutung des Homogenitätsprinzips in der Zwei-Pfeiler-Struktur des EWR siehe *Baudenbacher*, The Relationship Between the EFTA Court and the Court of Justice of the European Union, in Baudenbacher (Hrsg.), The Handbook of EEA Law (2016) 179.

spricht auch die fehlende formelle Bindungswirkung der EFTA-Gerichtshofentscheide für eine Vorlagebefugnis privater Schiedsgerichte.⁶⁰

B. Situation in der Schweiz

Als Nicht-EU- oder EWR-Mitglied ist die Schweiz dennoch vielfältig in den Prozess der europäischen Integration eingebunden. Nichtsdestotrotz erklärte das schweizerische Bundesgericht, dass Verstösse gegen internationales (und auch nationales) Kartellrecht nicht dem eidgenössischen *ordre public* iSd Art 190 Abs 2 lit e schweizerischen IPRG zuzuzählen sind.⁶¹ Gemäss Ansicht des schweizerischen Bundesgerichts verstösst ein Urteil nur dann gegen den *ordre public*, wenn es mit der Rechtsordnung und der darin ausgedrückten Werthaltung in einem gar unversöhnlichen Widerspruch steht. Es fasst demzufolge den *ordre public* im Vergleich zu Österreich und Liechtenstein deutlich enger.⁶² Die europäische Wettbewerbspolitik, so das Bundesgericht, bezieht sich auf interne Regeln der Union und aus diesem Grund ist die Qualifikation der Wettbewerbsregeln als grundlegender Bestandteil des Binnenmarkts nicht bzw nur begrenzt auf die Schweiz übertragbar.⁶³ Infolgedessen verweigert das schweizerische Bundesgericht die Kontrolle, ob ein Urteilsspruch in Widerspruch zum europäischen Wettbewerbsrecht und folglich auch Beihilfenrecht steht.

Diese Auffassung stösst in der Literatur auf Verwunderung⁶⁴ und Kritik.⁶⁵ Während ein Aufhebungsverfahren⁶⁶ grundsätzlich in dem Land stattfindet, in welchem

der Schiedsspruch selbst ergangen ist, findet das Verfahren über die Anerkennung und Vollstreckung vor jenem zuständigen Gericht des Landes statt, in welchem der Schiedsspruch vollstreckt werden soll.⁶⁷ Dass diese beiden Länder und Gerichtsstände sich in der Praxis oft unterscheiden, bedarf keiner näheren Ausführung. Infolgedessen kann ein Auseinanderklaffen von Schiedsort und darauf beruhend Ort des Aufhebungsverfahrens einerseits und Ort der Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruches andererseits zu Problemen in Fällen der Nichteinhaltung von europäischen Wettbewerbsregeln führen. Die Vollstreckbarversagungsgründe entsprechen im Wesentlichen den Aufhebungsgründen, dementsprechend führt eine Verletzung des *ordre public* zumeist zu einer Versagung der Vollstreckung eines ausländischen Schiedsspruchs.⁶⁸ Zwar sind sowohl die Schweiz als auch nahezu alle Mitgliedsstaaten des EWR dem New Yorker Übereinkommen⁶⁹ beigetreten, doch kennt dieses ebenso in Art V Abs 2 lit b die Verletzung des *ordre public* des Vollstreckungsstaates als einen *ex officio* Versagungsgrund für die Vollstreckbarkeit.⁷⁰ Die Gerichte der EU- und EWR-Staaten werden Schiedssprüche, welche den europäischen *ordre public* verletzen aus Gründen des Vorrangs des Unionsrechts die Vollstreckbarerklärung verweigern müssen.⁷¹ Dieser Umstand führt zu gewissen Unsicherheiten und ist somit der Rechtssicherheit nicht zuträglich.

VI. Fazit

Auch bei der Beurteilung wettbewerbsrechtlicher Fragen zeigt sich ein Spannungsfeld zwischen Effizienz des Schiedsverfahrens und Effektivität der Durchsetzung europarechtlicher Regelungen. Wie im Beitrag gezeigt wurde, schlägt diese bei Nichtbeachtung von kartellrechtlichen sowie beihilferechtlichen Regelungen zugunsten der Einhaltung der Wettbewerbsvorschriften des europäischen Binnenmarkts aus. So haben die Gerichte der Mitgliedsstaaten der EU und ebenso des EWR Schiedssprüche auf Antrag aufzuheben bzw deren Vollstreckbarkeit aufgrund der Verletzung des *ordre public* zu versagen, wenn diese die Bestimmungen der Art 101 ff AEUV bzw Art 53 ff EWR-Abkommens missachten.

60 Siehe dazu ausführlich *Fredriksen*, Vorlageverfahren, 136.

61 Schweizerisches Bundesgericht 4P_278/2005 vom 8.3.2006, Rn 3.2. Für eine englische Übersetzung des ursprünglich nur in französisch gehaltenen Entscheids siehe online unter <<http://www.swissarbitrationdecisions.com/violation-of-public-policy-notion-of-public-policy-exclusion-of->> [Letzter Zugriff: 8.6.2020]; für eine eingehende kritischen Betrachtung des Entscheids siehe insb *Meinhardt/Ahrens*, Wettbewerbsrecht und Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz – Eine Würdigung des Entscheids des Bundesgerichts vom 8.3.2006, *SchiedsVZ* 2006, 182; vgl auch *Remien*, Kartellrecht, 879 ff.

62 Vgl *Wiebecke/Ruckteschler/Schifferl*, in Torggler ua, *Handbuch Schiedsgerichtsbarkeit*² 493 (512).

63 Schweizerisches Bundesgericht 4P_278/2005 vom 8.3.2006, Rn 3.2.

64 *Rusche*, CLPD 2017, 70 (78), welcher auf die vom BG dadurch eingeführten »two worlds of public policy« anspielt. So hat nämlich nach Auffassung des BG das Schiedsgericht selbst die europarechtlichen Bestimmungen zu berücksichtigen, sofern eine Partei aufgrund der Verletzungen dieser die Nichtigkeit des Vertrags begehrt, nicht jedoch das Berufungsgericht. Mit den Worten des BG ist der *ordre public* des Schiedsrichters nicht gleich mit jenem des Berufungsrichters; siehe schweizerisches BG, 4P_278/2005, Rn 3.3.

65 *Nueber* in Krauskopf/Babey, *Internationales Wirtschaftsrecht* 47 (60). Vgl auch *Meinhardt/Ahrens*, *SchiedsVZ* 2006, 182 (187), welche die Absolutheit der Entscheidung hinsichtlich des Ausschlusses von Wettbewerbsregeln vom *ordre public* bemängeln.

66 In der Schweiz als Beschwerdeverfahren bezeichnet; *Wiebecke/Ruckteschler/Schifferl*, in Torggler ua, *Handbuch Schiedsgerichtsbarkeit*² 493 (493).

67 *Wiebecke/Ruckteschler/Schifferl*, in Torggler ua, *Handbuch Schiedsgerichtsbarkeit*² 493 (495 f).

68 Vgl *Wiebecke/Ruckteschler/Schifferl*, in Torggler ua, *Handbuch Schiedsgerichtsbarkeit*² 493 (497).

69 New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10.6.1958.

70 *Steindl/Mohs/Pörnbacher*, Die Durchsetzung ausländischer Schiedssprüche, in Torggler ua (Hrsg), *Handbuch Schiedsgerichtsbarkeit*² (2017) 531 (570).

71 Vgl *Meinhardt/Ahrens*, *SchiedsVZ* 2006, 182 (187) zur deutschen, niederländischen sowie österreichischen Praxis.

Dem Trend der Europäisierung des zunächst national geprägten *ordre public*-Vorbehalts hat das Schweizer Bundesgericht innerhalb seiner Prüfkompetenzen Einhalt geboten. Dieser schiedsfreundliche Ansatz kann leider zu künftigen Problemen bei der Durchsetzung von Entscheiden aus der Schweiz führen. Die Schweiz sollte sich darüber hinaus des fahlen Beigeschmacks bewusst sein, welchen die Wahl eines Schiedsorts für mögliche Umgehungsversuche der europäischen Wettbewerbsregeln hinterlassen kann.

Korrespondenz:

Mag. iur. Magdalena Friedrich, BA,
Wissenschaftliche Assistentin
am Propter Homines Lehrstuhl für Bank- und
Finanzmarktrecht, Universität Liechtenstein,
Institut für Wirtschaftsrecht,
Fürst-Franz-Josef-Strasse, 9490 Vaduz, Liechtenstein.
Mail: magdalena.friedrich@uni.li.