

Von Dr. Friedrich Niggemann, Paris*

Schiedsgerichtsbarkeit und Verwaltungsrecht in Frankreich – Ein offener Konflikt zwischen den französischen Gerichten

Der Streit zwischen den französischen Zivil- und Verwaltungsgerichten über die Zuständigkeit hinsichtlich der Aufhebung und Vollstreckung von Schiedssprüchen, die im Rahmen von Verwaltungsverträgen ergangen sind, beeinträchtigt das Bild des französischen Schiedsrechts. Nach einer Auseinandersetzung, die einen offensichtlichen Konflikt zwischen der *Cour de cassation* und dem *Conseil d'Etat* enthüllte, haben die Verwaltungsgerichte die Oberhand gewonnen und wurden für zuständig erklärt. Dies bedeutet eine vertiefte inhaltliche Überprüfung der Schiedssprüche sowohl im Anfechtungs- als auch im Exequaturverfahren, die viel weiter geht als in Handelsangelegenheiten. Vertragspartner sollten sich dieser Situation bewusst sein.

Conflicts between the French civil and administrative courts about the competence to decide on annulment and enforcement of arbitral awards rendered in the matter of administrative contracts tarnish the image of French arbitration law. After a battle which revealed an open conflict between the *Cour de cassation* and the *Conseil d'Etat*, the administrative courts have won and will be competent. This entails however a degree of scrutiny of the awards both in annulment and enforcement proceedings which goes much further than in commercial matters. Contract partners should be aware of this situation.

I. Einleitung

Im Jahre 2011 berichtete der Verfasser in dieser Zeitschrift über die französische Rechtsprechung im Spannungsfeld zwischen Verwaltungsrecht und Schiedsverfahren.¹ Anlass war das Urteil des französischen *Tribunal des Conflits* in der Sache *Letten v. INSERM*.² Während man damals hoffen konnte, mit dieser Entscheidung seien weitere Zuständigkeitskonflikte zwischen den französischen Zivil- und Verwaltungsgerichten im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit nicht mehr zu befürchten, so ist genau das Gegenteil eingetreten. Angesichts der wirtschaftlichen Bedeutung von verwaltungsrechtlichen Verträgen mit Schiedsvereinbarungen, die die französische Verwaltung auch international abschließt, ist dieser Konflikt für deutsche Unternehmen von Bedeutung.

Wir werden kurz das *INSERM*-Urteil des *Tribunal des Conflits* in Erinnerung rufen (II.1), ehe wir die verschiedenen Urteile in den Rechtssachen *SMAC v. Ryanair*, *FOSMAX* (II.2 und 3) und *Broadband* (II.4) darstellen. Eine kritische Auseinandersetzung (III.) sowie eine kurze Zusammenfassung (IV.) werden sich anschließen.

II. Die Rechtsprechung

1. Die *INSERM*-Entscheidung des *Tribunal des Conflits*³

Nach dem Scheitern einer Forschungsvereinbarung zwischen der norwegischen Stiftung *Letten* und dem

französischen *Institut National de la Santé et de la Recherche Médicale (INSERM)* und einer aufgrund der Schiedsvereinbarung abgewiesenen Klage von *INSERM* vor den Zivilgerichten entschied das angerufene Schiedsgericht zugunsten von *Letten*. Dieser Schiedsspruch wurde vom *Tribunal de Grande Instance* Paris für vollstreckbar erklärt, wogegen *INSERM* zwei Rechtsbehelfe einlegte: Berufung gegen den Schiedsspruch vor dem Oberverwaltungsgericht in Marseille und Antrag auf Annullierung des Schiedsspruchs vor dem Appellationsgericht Paris. Der Annullierungsantrag wurde zurückgewiesen, das Oberverwaltungsgericht legte die Sache jedoch dem *Conseil d'Etat* vor, der sie seinerseits dem *Tribunal des Conflits* unterbreitete. Dieses Gericht entschied, dass für Rechtsmittel gegen in Frankreich ergangene Schiedssprüche bei internationalen Verträgen mit französischen Verwaltungskörperschaften die Zivilgerichte nach Art. 1505 *Code de procédure civile* (CPC) (heute Art. 1519 CPC) zuständig sind. Allerdings wurden von dieser Zuständigkeit in einem zweiten Satz Ausnahmen gemacht: Sofern es bei einer solchen Ausgangslage um die zwingenden Bestimmungen des französischen Verwaltungsrechts in den Bereichen des öffentlichen Sachenrechts, des öffentlichen Auftragswesens, um Partnerverträge und Beleihungen mit hoheitlichen Befugnissen geht, sind die Verwaltungsgerichte zuständig.⁴

Diese Ausnahmen von der grundsätzlichen Zuständigkeit der Zivilgerichte haben sich als neuer Quell ständigen Streits zwischen beiden französischen Gerichtszweigen herausgestellt und sind ein Waterloo für den Rechtssuchenden.

2. Der Rechtsstreit *SMAC* gegen *Ryanair*

Die regionale Flughafenentwicklungsgesellschaft *SMAC*, eine öffentlich-rechtliche Rechtsperson, hatte zwei Verträge mit *Ryanair* über eine regelmäßige Flugverbindung nach Angoulême im Westen Frankreichs abgeschlossen. Beide Verträge enthielten eine Schiedsklausel mit einem Schiedsgericht in London. Die Vertragserfüllung geriet in Schwierigkeiten und *Ryanair* kündigte beide Verträge. *SMAC* rief unter Bruch der Schiedsvereinbarung das lokale Verwaltungsgericht an, während *Ryanair* sich an das Londoner Schiedsgericht wandte. Letzteres bejahte seine Zuständigkeit, bestätigte die Rechtswirksamkeit der Kündigungen und verurteilte *SMAC* zu Erstattung der (erheblichen) Kosten des Verfahrens an *Ryanair*. Das lokale Verwaltungsgericht in Poitiers wies die Klage der *SMAC* aufgrund der Schiedsvereinbarung ab.⁵

Ryanair beantragte die Vollstreckbarkeit des Schiedsspruchs in Frankreich; diesem Antrag gab das

* Dr. Friedrich Niggemann ist Avocat/Rechtsanwalt und Of Counsel bei Alérion Paris.

1) Niggemann SchiedsVZ 2011, 80.

2) TC 17.5.2010, Rev. arb. 2010, 275; *Audit* Rev. arb. 2010, 253; D. 2010, 2633 Anm. *Lemaire*; *Clay* JCP G 2010, 552; *Cassia* AJDA 2010, 362.

3) Weitere Einzelheiten in Niggemann SchiedsVZ 2011, 80.

4) „Il en va cependant autrement lorsque le recours, dirigé contre une telle sentence intervenue dans les mêmes conditions, implique le contrôle de la conformité de la sentence aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande public et applicable aux marchés publics, aux contrats de partenariat et aux contrats de délégation des services publics.“

5) S. Sachverhaltsschilderung bei *Cour administrative d'appel de Bordeaux*, 12.7.2016, Rev. arb. 2017, 254 Anm. *Audit/Broyelle*.

Tribunal de Grande Instance Paris statt.⁶ SMAC legte dagegen Berufung ein und rief gleichzeitig direkt den *Conseil d'Etat* (Staatsrat), das oberste französische Verwaltungsgericht, an. SMAC beantragte vor dem Staatsrat, die beiden Schiedssprüche aufzuheben und *Ryanair* zum Ersatz des Schadens zu verurteilen, den SMAC durch die unberechtigte Kündigung behauptete erlitten zu haben.

In seiner Entscheidung vom 19.4.2013 legte der Staatsrat fest,⁷ dass die Verwaltungsgerichte für Rechtsmittel gegen in Frankreich ergangene Schiedssprüche zwingend zuständig sind, die in Verfahren über öffentliche Aufträge ergehen, in denen die Übereinstimmung dieser Schiedssprüche mit den zwingenden Bestimmungen des französischen Verwaltungsrechts zu prüfen ist. Bei im Ausland gefällten Schiedssprüchen sind die französischen Verwaltungsgerichte jedoch unzuständig. Folglich erklärte er sich im vorliegenden Verfahren für unzuständig. „Rein vorsorglich“ erklärte er jedoch, dass die Verwaltungsgerichte für Anträge auf Erteilung der Vollstreckbarkeitsklausel eines im Ausland gefällten Schiedsspruchs zuständig sind. Deren Vollstreckung dürfe bei einem Verstoß gegen den *ordre public* nicht erlaubt werden. Da ein solcher Antrag im zu entscheidenden Falle jedoch nicht gestellt worden war, hatte der *Conseil d'Etat* auch noch nicht darüber zu befinden.

Im Anschluss an diese Entscheidung erklärte sich das Berufungsgericht in Paris unter Berufung auf dieses *obiter dictum* für unzuständig.⁸ Hiergegen legte *Ryanair* Kassationsbeschwerde ein. Die *Cour de cassation* entschied am 8.7.2015,⁹ dass in diesem Falle die Zivilgerichte für die Erteilung des Exequaturs zuständig seien. Unter Hinweis auf das New Yorker Übereinkommen von 1958 (NYÜ) hob sie hervor, dass im Rahmen einer Vollstreckbarkeitsklärung keine *révision au fond* möglich sei. Der Kassationsgerichtshof hob den Beschluss des Berufungsgerichts auf und verwies die Sache an das Berufungsgericht zurück. Dieses hat nun seinerseits wiederum das *Tribunal des Conflits* angerufen. In seiner Entscheidung vom 24.4.2017¹⁰ hielt es sich an die *INSERM*-Entscheidung und verwies die Sache an das Verwaltungsgericht. Die Verwaltungsgerichte sind nunmehr endgültig für Vollstreckbarkeitsverfahren von Schiedssprüchen im Bereich des öffentlichen Auftragswesens zuständig.

Die Berufung gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Poitiers wies das Oberverwaltungsgericht Bordeaux ebenfalls wegen Unzuständigkeit der französischen Verwaltungsgerichte ab.¹¹ Es berief sich ausdrücklich auf die Genfer Konvention von 1961, wonach auch Personen des öffentlichen Rechts schiedsfähig sind. Auch wenn diese generelle Schiedsfähigkeit unter dem Vorbehalt der zwingenden Vorschriften des französischen Verwaltungsrechts steht, so fallen Verträge, die dem internationalen Austausch von Waren oder Dienstleistungen dienen, unter die Genfer Konvention von 1961. Der Abschluss dieses Vertrages verletzt nicht zwingendes französisches Verwaltungsrecht und ist deshalb rechtlich verbindlich.

Der offene Konflikt zwischen der französischen Zivilgerichtsbarkeit und den Verwaltungsgerichten über die Zuständigkeit für die Erteilung des Exequaturs eines ausländischen Schiedsspruchs bei öffentlichen Auf-

trägen ist damit zugunsten der Verwaltungsgerichte entschieden worden. Die *Cour de cassation* unterlag bei dieser Auseinandersetzung.

3. Der Rechtsstreit FOSMAX

Im Jahre 2004 vergab *Gaz de France* einen öffentlichen Auftrag zur Errichtung eines Flüssiggasterminals in Fos sur Mer am Mittelmeer an ein französisch/italienisches Konsortium. 2005 wurde *Gaz de France* privatisiert und trat den Auftrag mit rückwirkender Wirkung auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses an ihre Tochtergesellschaft FOSMAX ab. FOSMAX ist eine vereinfachte Aktiengesellschaft (SAS) ohne verwaltungsrechtliche Funktionen oder Prerogative.

Im Jahre 2011 schieden die französischen Mitglieder des Auftragnehmerkonsortiums aus und der Vertrag erhielt durch einen Nachtrag eine ICC-Schiedsklausel mit Sitz des Schiedsgerichts in Frankreich. Die Auftragsabwicklung gestaltete sich sehr konfliktreich. Ein Teil der Arbeiten wurde von FOSMAX durch Ersatzvornahme selber durchgeführt, obwohl der Vertrag dafür eine vorherige Teilkündigung vorsah. In dem sich anschließenden Schiedsverfahren entschied das ICC Schiedsgericht zunächst, dass es sich bei dem Vertrag um einen privatrechtlichen Vertrag handle. Es verurteilte das Konsortium zur Zahlung von fast 69 Mio. EUR an FOSMAX und FOSMAX zur Zahlung von mehr als 128 Mio. EUR an das Konsortium. FOSMAX beantragte anschließend die Nichtigkeitsklärung des Schiedsspruchs vor dem *Conseil d'Etat*. Dieser legte die Sache dem *Tribunal des Conflits* vor. Mit Urteil vom 11.4.2016¹² wiederholte das Gericht zunächst den Tenor der *INSERM*-Entscheidung mit einer nicht unwesentlichen Abweichung: Das öffentliche Auftragswesen, die *commande public*, gehört in den Zuständigkeitsbereich der Verwaltungsgerichte.¹³ Es schloss daran die Feststellung an, dass es sich bei dem streitbefangenen Vertrag um einen Verwaltungsvertrag handle; es komme dabei auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages an; alle späteren Änderungen seien nicht von Belang. Zur Zeit der Auftragsvergabe sei *Gaz de France* noch ein öffentliches Wirtschaftsunternehmen gewesen und habe die öffentliche Aufgabe der Gasversorgung erfüllt. Der Vertrag mit dem Konsortium diene dem öffentlichen Interesse. Damit gehöre der Vertrag zum öffentlichen Auftragswesen. Dadurch betreffe der Rechtsstreit zwingende

6) S. Sachverhalt bei CA Paris 8.11.2016, Rev. arb. 2017, 257 Anm. *Audit/Broyelle*.

7) CE 19.4.2013, No. 352750, *Syndicat mixte des aéroports de Charente (SMAC) c. société Ryanair*, Rev. arb. 2013, 761 Anm. *Laazouzi*; D. 2013, 1445 Anm. *Cassia*.

8) CA Paris 8.11.2016, Rev. arb. 2017, 257 Anm. *Audit/Broyelle*.

9) *Cass. Civ. 1* 8.7.2015, No. 13-25.846, D. 2015, 1547; *d'Avout/Bollé* D. 2015, 2031 (2038); *Cassia* D. 2015, 2241; Rev. arb. 2015, 1131 Anm. *Laazouzi*; *Coënt/Grisel* Cahiers arb. 2016, 661.

10) *Dalloz actualités*, 4.5.2017, Zusammenfassung de *Montecler*.

11) *Cour administrative d'appel de Bordeaux* 12.7.2016, Rev. arb. 2017, 254 Anm. *Audit/Broyelle*.

12) TC 11.4.2016, No. 4043, Rev. arb. 2016, 1140 Anm. *Billemont*; *Laazouzi/Lemaire* Cahiers arb. 2016, 977; *Seraglini* JCP Chronique 2016, 900.

13) Es ist hervorgehoben worden, dass diese Wiederholung nicht ganz der *INSERM*-Entscheidung entspricht. Die nach der *INSERM*-Entscheidung auf vier Bereiche anzuwendende Zuständigkeit ist nun einer „offenen Liste“ gewichen, vgl. *Laazouzi/Lemaire* Cahiers arb. 2016, 977, Ziff. 17-22, Fn. 19 unter Berufung auf den Berichterstatter *Mawand*. Der Begriff der *commande public* hat den der *marchés publics* abgelöst und ist umfassender, vgl. *Delvolvé* RFDA 2016, 200.

Vorschriften des öffentlichen Auftragswesens; dafür seien die Verwaltungsgerichte zuständig.

Nach nur kurzer weiterer Verfahrensdauer hat nun der *Conseil d'Etat* am 9.11.2016¹⁴ sein Urteil in dieser Sache gefällt. Die besondere Bedeutung dieser Entscheidung besteht darin, dass in ihr die Grundlagen dargestellt werden, nach denen die französischen Verwaltungsgerichte Schiedssprüche überprüfen, sei es bei einer Nichtigkeitsbeschwerde oder im Rahmen der Erteilung des Exequaturs. Das französische Verwaltungsgerichtsgesetz, *Code de la justice administrative*, enthält keinerlei gesetzliche Vorschriften in diesem Bereich.

Bei einem Antrag auf Aufhebung des Schiedsspruchs überprüft der *Conseil d'Etat* zunächst die Rechtswirksamkeit des Abschlusses der Schiedsvereinbarung, dh die Beachtung des Grundsatzes, dass die französische Verwaltung ohne ausdrückliche gesetzliche Genehmigung keine Schiedsvereinbarungen abschließen kann (Art. 2060 *Code civil*).¹⁵ Weiterhin erstreckt sich die Prüfung auf das schiedsrichterliche Verfahren und die Übereinstimmung des Ergebnisses mit dem *ordre public*. Bei den verfahrensrechtlichen Überprüfungskriterien orientiert sich der *Conseil d'Etat* an Art. 1520 CPC, der entsprechenden Norm im Bereich des Zivilverfahrens. Jedoch wird dieser Artikel nicht ausdrücklich zitiert.¹⁶ Zu überprüfen sind, ob sich das Schiedsgericht zu Unrecht für zuständig oder unzuständig erklärt hat, ob es rechtmäßig gebildet wurde insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Unabhängigkeit und Neutralität der Schiedsrichter, ob es sich an seinen Schiedsauftrag gehalten hat, ob im Verfahren das rechtliche Gehör gewährt wurde und ob der Schiedsspruch begründet wurde. Die Prüfung in der Sache, dh die Übereinstimmung mit dem *ordre public*, erstreckt sich darauf, ob der Vertrag einen rechtlich zulässigen Inhalt hat, ob die Bedingungen des Vertragsabschlusses keine schwerwiegenden Mängel aufweisen und ob der Schiedsspruch die „Regeln“ berücksichtigt, von denen die Verwaltung nicht abweichen kann. Als solche werden zitiert das Verbot unentgeltlicher Zuwendungen, öffentlichen Grund und Boden nicht zu veräußern oder auf Vorrechte zu verzichten, die der Verwaltung im öffentlichen Interesse zustehen, und schließlich die zwingenden Vorschriften des europäischen Rechts. Falls diese Prüfung zur Aufhebung des Schiedsspruchs führt, weil die Verwaltung im gegebenen Falle keine Schiedsvereinbarung abschließen durfte, kann der Staatsrat die Sache an das zuständige Verwaltungsgericht verweisen oder selber in der Sache entscheiden. Ist die Schiedsvereinbarung gültig, kann der Staatsrat den Antrag auf Aufhebung zurückweisen oder den Schiedsspruch ganz oder teilweise aufheben. In der Sache selber kann er nur entscheiden, wenn die Parteien dem im Verfahren vor dem Staatsrat selber zugestimmt haben. Ansonsten können die Parteien das Schiedsverfahren entweder fortführen oder neu beginnen oder unter Verzicht auf die Schiedsvereinbarung vor das Verwaltungsgericht ziehen.

In den sich anschließenden Ausführungen stellt der Staatsrat die Grundsätze auf, nach denen ein Antrag auf Vollstreckbarerklärung zu prüfen ist. Bei Schiedssprüchen im Bereich von Verwaltungsverträgen zwischen einer französischen Rechtsperson des öffentlichen Rechts und einer ausländischen Rechtsperson wird eine

Überprüfung gemäß den gerade dargestellten Grundsätzen vorgenommen, egal ob es sich um einen inländischen oder ausländischen Schiedsspruch handelt.

Der Staatsrat wendet diese Grundsätze nun auf den vorliegenden Fall an. Das Schiedsgericht hatte den Vertrag nach Prüfung als einen privatrechtlichen angesehen. Dies ist nach dem Urteil des *Tribunal des Conflits* nicht richtig. Dieser Rechtsirrtum rechtfertigt aber alleine nicht die Aufhebung des Schiedsspruchs, da das Schiedsgericht seinen Schiedsauftrag nicht überschritten hat.¹⁷ Inhaltlich verlangt der Staatsrat von einem Schiedsgericht, die Rechtsprechung der französischen Verwaltungsgerichte anzuwenden; der Schiedsspruch wird daraufhin überprüft, ob dies richtig geschehen ist.

Die Prüfung der Rechtmäßigkeit des Verfahrens ergibt keine Gründe für eine Beanstandung. Dies ändert sich jedoch bei der Überprüfung der Entscheidung in der Sache: Als *ordre public* gelten die zwingenden Bestimmungen des französischen Verwaltungsrechts. Dazu gehören auch bestimmte Vorrechte, *droits exorbitants*, der Verwaltung. Das Schiedsgericht hatte die Ersatzvornahme durch die Tochtergesellschaft von EDF als vertragswidrig angesehen, da der Vertrag dies ausdrücklich nur gestattete, wenn der Vertrag vorher (teilweise) gekündigt worden war. Dies widerspricht einem Grundsatz des französischen Verwaltungsrechts. Die Verwaltung kann aus öffentlichem Interesse zur Beschleunigung von in Schwierigkeiten geratenen Vorhaben nach einer Mahnung und Inverzugsetzung auch ohne Kündigung eine Ersatzvornahme vornehmen. Dieser Grundsatz sei unverzichtbar. Indem das Schiedsgericht der vertraglichen Formulierung den Vorrang gegenüber diesem Recht der Verwaltung eingeräumt hat, hat es gegen zwingendes Verwaltungsrecht verstoßen. Der Schiedsspruch ist deshalb unrichtig und aufzuheben. Auf der anderen Seite hatte das Schiedsgericht einen Grundsatz des französischen privaten Werkvertragsrechts angewendet, wonach bei wesentlichen vom Bauherren zu verantwortenden Mehrarbeiten oder Erschwerungen der vereinbarte Pauschalpreis diesen Mehrkosten nicht entgegengehalten werden kann.¹⁸ Insofern findet der Staatsrat keinen Verstoß gegen das Verwaltungsrecht und lässt diesen Teil der Entscheidung unbeanstandet. Das Schiedsgericht hatte FOSMAX zur Zahlung von 69 Mio. EUR aufgrund der Ersatzvornahme verurteilt, jedoch einen Teil des geltend gemachten Anspruchs in Höhe von 36 Mio. EUR abgewiesen. Dieser Teil des Schiedsspruchs wird aufgehoben. Die weitere Verurteilung von FOSMAX zur Zahlung der Mehrkosten in Höhe von 128 Mio. EUR bleibt hingegen bestehen.

14) CE 9.11.2016, No. 388806; Jurisdata Nr. 2016-023504; Rev. arb. 2017, 179 mit dem Votum des Berichterstatters Pelissier und Anm. Billemont; Rev. arb. 2017, 260 Anm. Audit/Broyelle; Orscheid JCP G 2016 doctr., 1430; JCP G 2017, 29 Anm. Bollé; JCl. Dr. admin. März 2017, 42 Anm. Brenet;

15) S. zu diesem Prinzip die Ausführungen in Niggemann SchiedsVZ 2011, 80 (82).

16) Nach dieser Bestimmung muss ein Schiedsspruch aufgehoben werden, wenn sich das Schiedsgericht zu Unrecht für zuständig oder unzuständig erklärt hat, wenn das Schiedsgericht rechtsfehlerhaft gebildet wurde, wenn es bei seiner Entscheidung die Grenzen seiner Zuständigkeit nicht beachtet hat und wenn das rechtliche Gehör nicht gewährt wurde. Die Begründung des Schiedsspruchs gehört nicht dazu.

17) Man würde eher erwarten, dass dieser „Rechtsfehler“ im Bereich der sachlichen Prüfung des Schiedsspruchs (s. sogleich) abgehandelt wird.

18) JCl civ., Art. 1788-1794, fasc. 20 (Thoïye) (2013), Nr. 67-69.

4. Broadband Pacific

Diese Entscheidung des Staatsrates vom 23.12.2015¹⁹ trägt nur einen prozessualen Aspekt zu unserem Thema bei. Es ging um eine Telefon-/Internetkonzession in den französischen Pazifikgebieten. Der Konzessionsvertrag sah eine Schiedsklausel vor. Nach Ent stehen eines Streits wurde ein Schiedsverfahren durchgeführt, das zur Verurteilung der Behörde führte. Dagegen wurden Rechtsmittel sowohl vor den Zivil als auch vor den Verwaltungsgerichten einschliesslich des *Tribunal des Conflits* eingelegt. Schließlich entschied der *Conseil d'Etat*, dass die Schiedsvereinbarung nicht auf einer gesetzlichen Grundlage beruhe und der Schiedsspruch deshalb aufzuheben sei. Wir wollen hier nur darauf hinweisen, dass die Verwaltungsbehörde das Schiedsverfahren durchgeführt hatte ohne die Schiedsvereinbarung zu beanstanden. Der im Schiedsverfahren anerkannte Grundsatz des *estoppel* oder *venire contra factum proprium*²⁰ wurde übergangen. Die Prozessloyalität wurde auf dem Altar der Gesetzmässigkeit des Verwaltungshandelns geopfert.

III. Stellungnahme

1. Kommentare in der französischen Literatur

Wir hatten im Jahre 2011 die *INSERM*-Rechtsprechung als einen Fortschritt bei der Klärung der Zuständigkeitsprobleme zwischen den Zivil- und den Verwaltungsgerichten dargestellt. Immerhin hatte sich das *Tribunal des Conflits* geäußert, das paritätisch mit Richtern der beiden Gerichtszweige besetzt ist und dessen Aufgabe darin besteht, Konflikte in Zukunft zu vermeiden. Nur *Gaillard*²¹ hatte sich schon damals sehr besorgt über diese Entscheidung geäußert. Aus heutiger Sicht war seine Sorge nur zu berechtigt.

Die französischen Kommentare²² sind bis auf wenige Ausnahmen²³ einig in ihrer Ablehnung dieser Rechtsprechung. Die Kritikpunkte reichen von der überdehnten Auslegung des Begriffs des Verwaltungsvertrages²⁴ bis zum Vorwurf, dass die Verwaltungsgerichte sich am Gesetzgeber vorbei ein Regelwerk schaffen, wozu sie in diesem Umfang nicht berechtigt sind und das zudem erhebliche Lücken aufweist.²⁵ Auch das Ignorieren des New Yorker Übereinkommens wird zu Recht beanstandet. Vor allem wird die offensichtliche Spaltung der französischen Rechtsprechung im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit bedauert.

2. Einige Anmerkungen aus unserer Sicht

a) Das NYÜ und die unvollständigen prozessualen Regelungen

Unsere erste Bemerkung betrifft die Ausführungen des *Conseil d'Etat* über die Überprüfungs möglichkeiten der Verwaltungsgerichte bei Anträgen auf Vollstreckbarkeit von im Ausland ergangenen Schiedssprüchen. Diese Kontrolle soll die gleiche sein wie die inländischer Schiedssprüche bei einem Antrag auf Aufhebung.

Frankreich ist Vertragsstaat des New Yorker Übereinkommens²⁶ ebenso wie der Genfer Konvention von 1961.²⁷ Art. 1520 CPC, der von der *Cour de cassation* als günstiger im Sinne des Art. VII Abs. 1 NYÜ angesehen wird,²⁸ kann hier keine Rolle spielen, da die Verwaltungsgerichte nicht an die Vorschriften des CPC gebunden sind. Es gilt also das NYÜ als solches. Dieses macht grundsätzlich keinen Unterschied zwischen

Schiedssprüchen im Verwaltungsrecht gegenüber solchen im Zivil- oder Handelsrecht,²⁹ auch wenn bei Verwaltungsverträgen der Einwand der mangelnden Schiedsfähigkeit in manchen Rechtsordnungen erhoben wird.³⁰ Die Gründe, die gegen die Anerkennung und Vollstreckung eines Schiedsspruchs geltend gemacht werden können, sind in Art. V NYÜ abschließend aufgezählt. Der Staatsrat zählt in seinem FOS-MAX-Urteil die Kriterien der prozessualen Überprüfung im Zusammenhang mit der Prüfung der Annullierung des nationalen Schiedsspruchs auf. In dem Moment, in dem der Staatsrat aber dieselben Gründe auf den Fall des Exequaturs eines ausländischen Schiedsspruchs für anwendbar erklärt, ändert sich die Rechtslage. Hier ist eine Anwendung des NYÜ unabdingbar. Die Ablehnungsgründe in Art. V Abs. 1 lit. a bis e sehen die fehlende Begründung des Schiedsspruchs nicht vor.

Art. V Abs. 2 lit. b NYÜ sieht als von Amts wegen zu beachtenden Grund für die Verweigerung des Exequaturs vor, dass die Anerkennung und Vollstreckung der öffentlichen Ordnung widerspricht. Es bedarf keiner tiefgreifenden Untersuchung des Begriffs der öffentlichen Ordnung³¹ um sagen zu können, dass die zwingenden Vorschriften des französischen Verwaltungsrechts etwas anderes sind als die öffentliche Ordnung im Sinne des Art. V Abs. 2 lit. b NYÜ. Im französischen juristischen Sprachgebrauch wird der Begriff des *ordre public* mit zwei ganz unterschiedlichen Bedeutungen verwendet. Vorschriften mit *ordre public*-Charakter sind zwingende Vorschriften, von denen vertraglich nicht abgewichen werden kann.³² Daneben gibt es den *ordre public international* im Sinne des NYÜ oder des Art. 1520 Nr. 5 CPC und des Art. 45 VO 1215/2012 (Brüssel Ia VO).³³ Diesen „internationalen *ordre public*“ definiert die *Cour d'Appel* Paris als die Gesamtheit der Regeln und Werte, deren Missachtung die französische Rechtsordnung nicht, auch nicht in internationalen An-

19) *Bizard/de Kersauson* Cahiers arb. 2016, 429.

20) Art. 1464 Abs. 3 CPC; *Cass. civ. 1* 6.7.2005, Rev. arb. 2005, 993 Anm. *Pinsolle*; *Seraglini/Ortscheidt* Droit de l'arbitrage interne et international, 2013, Nr. 806.

21) JCP G 2010, 585.

22) Kritisch bis ablehnend *Laazouzi/Lemaire* Cahiers arb. 2016, 977; *Billemont* Rev. arb. 2017, 179 in seiner Besprechung der Entscheidung des *Conseil d'Etat* vom 9.11.2016; *Audit/Broyelle*, Anm. zu *CA Bordeaux*, 12.7.2016, Paris 8.11.2016 und CE, 9.11.2016, Rev. arb. 2017, 254.

23) JCl. Dr. admin. März 2017, 42 Anm. *Brenet*; *Ortscheidt*, JCP G 2016, 1430.

24) *Billemont* Rev. arb. 2016, 1141 (1149/50).

25) *Laazouzi/Lemaire* Cahiers arb. 2016, 977.

26) Unterschrift am 26.6.1959, in Kraft getreten am 24.9.1959, abrufbar unter http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html.

27) *Seraglini/Ortscheidt*, Droit de l'arbitrage interne et international, 2013, Nr. 1001.

28) *Seraglini/Ortscheidt*, Droit de l'arbitrage interne et international, 2013, Nr. 988 mwN.

29) *Seraglini/Ortscheidt*, Droit de l'arbitrage interne et international, 2013, Nr. 1001.

30) Vgl. *Otto/Elwan* in *Kronke/Nacimiento/Otto/Port*, Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 2010, 350.

31) *S. Seraglini/Ortscheidt*, Droit de l'arbitrage interne et international, 2013, Nr. 979 zum Art. 1520 Nr. 5 CPC und Nr. 997 zum NYÜ. S. auch *Otto/Elwan* in *Kronke/Nacimiento/Otto/Port*, Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 2010, 366.

32) So ausdrücklich Art. 6 und 1102 *Code civil*, letzterer in der Fassung des Reformdekrets vom 16.2.2016.

33) *Racine*, L'arbitrage commercial international et l'ordre public, 1999, 486 ff.

gelegenheiten dulden kann.³⁴ Die *Cour de cassation* hebt einen Schiedsspruch nach Art. 1520 CPC allerdings nur dann auf, wenn die Vollstreckung oder Anerkennung des Schiedsspruchs den französischen *ordre public international* in flagranter, konkreter und effektiver Weise verletzt.³⁵ Es mag durchaus sein, dass einige Bestimmungen des Verwaltungsrechts eine solche Bedeutung haben, so dass ihre Nichtbeachtung einen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung bedeutet (etwa das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung). Aber dies hätte eine zusätzliche Begründung des Staatsrates erfordert, die er nicht gegeben hat. Unabhängig davon, dass es nicht leicht gewesen wäre, die Nichtbeachtung der Voraussetzungen der Ersatzvornahme im Verwaltungsrecht als einen solchen Verstoß zu qualifizieren,³⁶ ergibt sich ohne Zweifel, dass der Staatsrat gar nicht beabsichtigt hat, eine Deckungsgleichheit zwischen den Begriffen des New Yorker Übereinkommens und dem französischen Verwaltungsrecht herzustellen; das New Yorker Übereinkommen wurde ganz einfach übergangen.

Gleiches gilt für die Überprüfung des Schiedsspruchs in der Sache selber. Nach allgemeiner Meinung erlaubt das New Yorker Übereinkommen eine solche *révision au fond* nicht. Dies ist nicht nur die in Deutschland herrschende Meinung,³⁷ sondern auch die, die in Frankreich zu Art. 1520 CPC (früher Art. 1502 CPC)³⁸ und dem NYÜ vertreten wird.³⁹ Auch insofern widerspricht die Rechtsprechung des Staatsrates den internationalen Verpflichtungen Frankreichs.

Neben diesen beiden sich aus dem NYÜ ergebenden Bedenken ist auch das Verfahren, das nunmehr vor den Verwaltungsgerichten befolgt werden soll, unvollständig. So fehlt es an einer Aussage darüber, wie die Erteilung der Vollstreckungsklausel erfolgt. Vor den Zivilgerichten geschieht dies auf Antrag in einem *ex parte*-Verfahren; erst nach Zustellung an die Gegenseite kann diese ein Rechtsmittel einlegen. Ob dies bei einem Verfahren vor den Verwaltungsgerichten auch so sein soll, ist unklar. Das „normale“ Verfahren vor den Zivilgerichten folgt natürlich aus der sehr eingeschränkten Überprüfungsbefugnis der Zivilgerichte. Es ist angesichts der so viel weiter gehenden Befugnis der Verwaltungsgerichte deshalb naheliegend, die Vollstreckbarkeitserklärung erst nach einem kontradiktorischen Verfahren zuzulassen. Mangels einer Aussage in dem FOSMAX-Urteil bleibt diese Frage offen. Genau so wenig weiß man, ab wann und innerhalb welcher Frist Rechtsbehelfe eingelegt werden können.

Auch der Instanzenzug bedarf der Erklärung:⁴⁰ Anträge auf Erteilung der Anerkennungs- und Vollstreckbarkeitserklärung müssen beim (erstinstanzlichen) Verwaltungsgericht gestellt werden (Art. L 311-1 *Code de la justice administrative* (CJA)). Gegen die Erteilung und die Verweigerung ist ein Rechtsmittel zum *Conseil d'Etat* zulässig (analog zu Art. L 321-2 CJA). Art. L 321-2 CJA regelt eigentlich die Berufung gegen erstinstanzliche Urteile der Verwaltungsgerichte, die zum Teil direkt zum Staatsrat geht. Auch wenn es hier nicht um eine Berufung im eigentlichen Sinne geht, zeigt dieser Verweis doch, dass eine große Nähe im Sinne einer eingehenden Nachprüfung der Entscheidung besteht.⁴¹ Anträge auf Aufhebung des Schiedsspruchs müssen direkt vor den *Conseil d'Etat* gebracht werden. Es gibt also nur eine Instanz.

b) Ein Blick aus einer anderen Perspektive

Wenn man die Einzelheiten der juristischen Argumentation einmal verlässt und einen vor allem pragmatischen Standpunkt wählt, kommt man nicht umhin festzustellen, dass sich auf dem Rücken der Rechtssuchenden ein Machtkampf zwischen den beiden Gerichtszweigen abspielt. Die Formulierung der *INSERM*-Entscheidung war kein Kompromiss, sondern Ausdruck eines Streits zwischen zwei völlig gegensätzlichen Standpunkten. Das Bestreben der französischen Verwaltungsgerichte ist auf die Kontrolle der Rechtmäßigkeit des Handelns der französischen Behörden gerichtet. Dazu gehört auch das Handeln durch Verwaltungsverträge. Die Schiedsgerichtsbarkeit ist dabei ein störender Faktor, den man einfangen muss. Dies geschieht, indem einerseits streng überwacht wird, ob eine Schiedsvereinbarung überhaupt abgeschlossen werden durfte, und andererseits durch die Kontrolle der Schiedssprüche als ob sie Entscheidungen der erstinstanzlichen Verwaltungsgerichte wären. Diese Kontrolle wird nach allen Seiten abgesichert: Zum einen durch eine sehr extensive Auslegung des Begriffs des Verwaltungsvertrages, auf dem die interne Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte beruht, zum anderen durch die *révision au fond* bei der Vollstreckbarkeitserklärung ausländischer Schiedssprüche. Egal also, ob die Verwaltung ein französisches oder ein internationales Schiedsgericht wählt, egal ob das Rechtsmittel gegen die Vollstreckbarkeitserklärung oder auf Aufhebung des Schiedsspruchs gerichtet ist, egal ob es sich um einen inländischen oder ausländischen Schiedsspruch handelt: In allen Fällen wird die schiedsrichterliche Entscheidung in vollem Umfang auf ihre Rechtmäßigkeit hin überprüft. Dabei ist die Erstreckung dieser Rechtsprechung auf die Vollstreckbarkeitsanträge ausländischer Schiedssprüche von grundlegender Bedeutung: Auch einem Ausweichen auf einen ausländischen Schiedsort wird der Riegel vorgeschoben. Die *Broadband*-Entscheidung muss auch aus diesem Blickwinkel betrachtet werden: Die Verwaltung kann sich ihrer gesetzlichen Verpflichtungen auch nicht dadurch entziehen, dass sie sich im Verfahren nicht darauf beruft.

Diese Haltung der französischen Verwaltungsrichter muss auch vor dem Hintergrund der Rechtsprechung der *Cour de cassation* gesehen werden. Die Kontrolle,

34) CA Paris 14.6.2001, Rev. arb. 2001, 773 Anm. Seraglini; CA Paris 14.6.2001 (in einer Parallelenentscheidung), Rev. arb. 2001, 806 Anm. Derains. Zur Übereinstimmung dieser Formulierung mit der Definition des *ordre public* im Sinne des Art. 45 Brüssel Ia VO s. Niggemann SchiedsVZ 2005, 265 (267, 271 mwN.).

35) CA Paris 18.11.2004, JCP G 2005, 570 – *Thales v. Euromissiles*; Niggemann SchiedsVZ 2005, 265 (267, 271 mwN.).

36) In den Kommentaren zu dieser Entscheidung wird schon für fraglich gehalten, ob diese „Regel“ (eine gesetzliche Grundlage gibt es nicht einmal) als Bestandteil des internen *ordre public* angesehen werden kann, vgl. *Billemont* Rev. arb. 2016, 1140 (1151).

37) *Otto/Elwan* in *Kronke/Nacimiento/Otto/Port* (Hrsg.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, 2010, 366.

38) S. Nachweise in Niggemann SchiedsVZ 2005, 265 (269 Fn. 16 bis 25).

39) S. hierzu die Ausführungen in Niggemann SchiedsVZ 2005, 265 mwN. Die *Cour de cassation* wendet Art. 1520 CPC ebenfalls in diesem Sinne an, vgl. Seraglini/Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et internationale*, 2013, Nr. 979.

40) Wir beziehen uns auf die Analyse von Laazouzi/Lemaire in *Cahiers arb.* 2016, 977, Ziff. 27 ff.

41) Laazouzi/Lemaire *Chahier arb.* 2016, 977 (984 Zif. 32) sprechen von einem *ad hoc*-Rechtsmittel, das sich von einer Berufung unterscheidet. Wir sehen vielmehr die Nähe zur Berufung.

die die *Cour de cassation* bei einem behaupteten Verstoß eines Schiedsspruchs gegen den *ordre public* ausübt, ist sehr oberflächlich.⁴² Damit lässt sich das Prinzip der Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns nicht wirksam überprüfen. Dazu bedarf es handfesterer Werkzeuge, auch wenn diese gegen das (seit fast 60 Jahren geltende) New Yorker Übereinkommen verstoßen.

Der Leidtragende ist der Vertragspartner: Das Ziel dieser Rechtsprechung ist vor allem die Sicherstellung der Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns. Wenn der Vertragspartner dabei Nachteile erleidet, so wird das in Kauf genommen. Die Vorteile der Schiedsgerichtsbarkeit gehen dabei über Bord. Zudem verliert sich der Rechtssuchende in den Zuständigkeitsstreitigkeiten, die vor der Durchsetzung seiner Rechte stehen.

Diese Rechtsprechung beeinträchtigt den Ruf und die Ausstrahlungskraft der französischen Rechtsprechung im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit. Das Bild einer langen und kontinuierlichen Entwicklung, auf die insbesondere *Gaillard* vor einigen Jahren zu Recht hingewiesen hatte,⁴³ hat einen großen Sprung bekommen.

IV. Fazit

Angesichts der großen wirtschaftlichen Bedeutung des Handelns der öffentlichen Hand in Frankreich sind diese Feststellungen nicht leicht zu nehmen. Bei der augenblicklichen Rechtslage kann einem Vertragspartner von Rechtspersonen der französischen Verwaltung nur abgeraten werden, eine Schiedsvereinbarung abzuschließen. Die Alternative sind die französischen Verwaltungsgerichte, vor denen sich eine Privatperson, sei sie Franzose oder Ausländer, nicht immer wohl fühlt; die Interessen der französischen Verwaltung wiegen oft schwerer als die des Vertragspartners.

42) CA Paris 18.11.2004, Rev. arb. 2005, 529 Anm. *Radicati di Brozolo*, sowie *Niggemann*, *SchiedsVZ* 2005, 265. Ebenso die Entscheidung desselben Gerichts in der Sache *SNF/CYTEC*, 23.3.2006, Rev. arb. 2007, 100 Anm. *Bollé*

43) Rev. arb. 2007, 697.

By Adela Llatja, Tirana and Judith Knieper, Vienna*

South-East Europe and UNCITRAL

The *Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH* by appointment of the German Federal Ministry for Economic Cooperation and Development (BMZ) is setting up a new project within the Open Regional Fund – Legal Reform with the purpose to integrate the region of South-East Europe (SEE) and promote good governance. This project “Application of International Arbitration Standards in SEE” aims to incorporate the region into international discussions and to promote the Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration as well as the United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration. This initiative will be supported by UNCITRAL, ArbitralWomen and the DIS.

Die Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH führt mit Mitteln des Bundesministeriums für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (BMZ) ein neues Projekt im Rahmen des Offenen Regional Funds – Rechtsreform durch, um sowohl die Integration der Region Südosteuropa (SOE) als auch gute Regierungsführung zu befördern. Dieses Projekt „Anwendung der internationalen Schiedsgerichtsstandards in SOE“ soll sicherstellen, dass die Region stärker an die internationale Rechtsdiskussion herangeführt wird und die Regeln zur Transparenz in Investor-Staat-Schiedsverfahren auf der Grundlage eines Staatsvertrages sowie das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Transparenz in Investor-Staat-Schiedsverfahren auf der Grundlage von Staatsverträgen bekannt gemacht werden. Die Initiative wird von UNCITRAL, ArbitralWomen und DIS unterstützt.

I. Introduction

The United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) was created by the Resolution of the General Assembly on 17.12.1966, 50 years ago.¹ In Resolution 2205 (XXI), the General Assembly outlined the mandate of UNCITRAL, being “*the progressive harmonization and unification of the law of international trade, considering that international trade co-operation among states is an important factor in the promotion of friendly relations and, consequently, in the maintenance of peace and security*”.² Trade was, therefore, considered to be essential for global stability as well as being a driving force behind international relations.

This “*universal peace project*”, based on dialogue and consensus, is far from being outdated and should not be taken for granted. It needs consistent support to ensure the broadest possible level of participation during the development of new legal solutions. Furthermore, the mechanisms that have already been developed need constant promotion to enable them to fully serve their purpose of harmonising legal instruments to thereby facilitate international trade.

For this reason, the *Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH* by appointment of the German Federal Ministry for Economic Cooperation and Development (BMZ) has supported and promoted the adoption of UNCITRAL texts in South-East Europe since 2007, within the Framework of the Open Regional Fund for South-East Europe – Legal Reform (ORF-LR).

The ORF-LR continues providing support through the new project “Application of International Arbitration Standards in SEE”, which comprises two main support pillars. The first of these aims to ensure that South-East Europe (SEE) becomes more involved in international discussions in dispute resolution. This

* Adela Llatja is project manager at the GIZ Open Region Fund for South-East Europe – Legal Reform; Judith Knieper is legal officer at the UNCITRAL Secretariat, responsible for the operation of the Transparency Registry. The Registry is operated with the funding by the European Union and by the OPEC Fund for International Development (OFID).

1) UNCITRAL celebrated its 50th birthday at the occasion of the 50th session in July 2017 with a Congress, see UNCITRAL website.

2) UN-General Assembly Resolution 2205 (XXI) of 17.12.1966 Establishing the United Nations Commission on International Trade Law, available at <http://www.jus.uio.no/lm/uncitral.2205-xxi/doc.html>.