

Berta Boknik

Das Verhältnis von EuGH und Investitionsschiedsgerichten auf der Grundlage von intra-EU BIT

Eine Analyse anhand des Falls Achmea



Nomos

facultas



DIKE



Studien zum Internationalen Investitionsrecht

herausgegeben von

Prof. Dr. Marc Bungenberg, LL.M., Universität des Saarlandes

Prof. Dr. Dr. h.c. Stephan Hobe, LL.M., Universität zu Köln

Prof. Dr. August Reinisch, LL.M., Universität Wien

Prof. Dr. Andreas R. Ziegler, LL.M., Universität Lausanne

In Kooperation mit dem

International Investment Law Centre Cologne (IILCC)

Prof. Dr. Dr. h.c. Stephan Hobe, LL.M.

Prof. Dr. Bernhard Kempen

Prof. Dr. Heinz-Peter Mansel

Prof. Dr. Burkhard Schöbener

Band 35

zugleich Band 17 der Schriftenreihe des

International Investment Law Centre Cologne (IILCC)

Berta Boknik

Das Verhältnis von EuGH und Investitionsschiedsgerichten auf der Grundlage von intra-EU BIT

Eine Analyse anhand des Falls Achmea



Nomos

facultas



DIKE



Gedruckt mit Unterstützung des Förderungsfonds Wissenschaft der VG WORT.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Köln, Univ., Diss., 2020

ISBN 978-3-8487-6830-1 (Nomos Verlag, Baden-Baden, Print)

ISBN 978-3-7489-0929-3 (Nomos Verlag, Baden-Baden, ePDF)

ISBN 978-3-7089-2089-4 (facultas Verlag, Wien)

ISBN 978-3-03891-299-6 (Dike Verlag, Zürich/St. Gallen)



Onlineversion
Nomos eLibrary

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln im Wintersemester 2019/2020 als Dissertation angenommen. Für die vielseitige Unterstützung, die ich bei der Erstellung des Werks erfahren durfte, möchte ich mich an dieser Stelle bedanken.

Mein herzlicher Dank gebührt an erster Stelle meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Bernhard Kempen, für die stets freundliche und verlässliche Betreuung meiner Promotion, den erfahrenen Zuspruch bei der Verfolgung meines selbstgewählten Themas sowie die wertvollen und weit-sichtigen inhaltlichen Anregungen für dessen Bearbeitung.

Herrn Jun.-Prof. Dr. Julian Scheu, LL.M. danke ich neben der raschen Erstellung des Zweitgutachtens dafür, dass er mir während und nach meiner Zeit als Mitarbeiterin am International Investment Law Centre Cologne mit Rat und Tat zur Seite stand und zu wissenschaftlichem Austausch jederzeit bereit war.

Frau Prof. Christine Kaddous möchte ich dafür danken, dass Sie mich während meines Forschungsaufenthalts an dem Centre d'études juridiques européennes in Genf aufgenommen und es mir ermöglicht hat, meine Thesen einem Fachpublikum zu präsentieren und sie mit ihm zu diskutieren.

Mein Dank gilt zudem Tim Maxian Rusche, Docteur en droit für die vielen anregenden Gespräche, in deren Rahmen er mir die Perspektive der Europäischen Kommission darlegte und durch hilfreiche Anmerkungen und konstruktive Kritik wichtige Impulse für meine Arbeit lieferte.

Der Studienstiftung des deutschen Volkes sowie dem Deutschen Akademischen Austauschdienst danke ich für die großzügige ideelle und finanzielle Förderung meines Promotionsvorhabens.

Danken möchte ich zudem meinen Freunden, die mir fortlaufend in persönlicher und fachlicher Hinsicht eine große Stütze waren, allen voran Céline Eysler, Alina Marko, Marina Moser, Marie Moss und Sabrina Seak.

Ein besonderer Dank gilt Alexander Broer, der durch sein stetiges Verständnis und seine unermüdliche Ermutigung während der gesamten Promotionszeit in wesentlichem Maße dazu beigetragen hat, dass diese Arbeit erfolgreich abgeschlossen werden konnte.

Vorwort

Abschließend danke ich meiner Familie und insbesondere meinen Eltern, die immer an mich geglaubt und mich auf meinem Lebensweg unentwegt unterstützt haben. Ihnen ist diese Promotion gewidmet.

Köln, im Juni 2020

Berta Boknik

Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis	19
Einführung	23
A. Tatbestand	25
B. Urteil des EuGH	28
C. Aussage des Urteils	33
D. Fazit	45
1. Kapitel: Ein Blick in die Vergangenheit – parallele Koexistenz in Unabhängigkeit	46
A. Wesentliche Differenzen	48
B. Einflussreiche Änderungen zu Beginn des 21. Jahrhunderts	69
2. Kapitel: Ein Blick in die Gegenwart – Spannungsverhältnis	78
A. Bewertung des Konfliktpotenzials aus unionsrechtlicher Sicht	79
B. Bewertung des Konfliktpotenzials aus völkerrechtlicher Sicht	309
C. Zusammenfassung der Ergebnisse	380
3. Kapitel: Ein Blick in die Zukunft – Verdrängung	382
A. Die kurzfristige Umsetzung der Unanwendbarkeit von ISDS- Klauseln in intra-EU BIT	382
B. Der langfristige Untergang von intra-EU BIT	398
Fazit	403
Zusammenfassende Thesen	409
Literaturverzeichnis	419

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	19
Einführung	23
A. Tatbestand	25
B. Urteil des EuGH	28
C. Aussage des Urteils	33
I. Ein Urteil von grundsätzlicher Bedeutung	34
II. Anwendungsbereich der Achmea-Rechtsprechung	36
D. Fazit	45
1. Kapitel: Ein Blick in die Vergangenheit – parallele Koexistenz in Unabhängigkeit	46
A. Wesentliche Differenzen	48
I. Der wesensabhängige Entstehungsprozess	49
II. Grundlegende Aufgaben	51
III. Zuständigkeiten	54
IV. Das auf die materiellen Rechtsfragen anwendbare Recht	58
V. Folgen bei der Feststellung einer Pflichtverletzung	62
VI. Verhältnis zu nationalen Gerichten	67
VII. Zwischenergebnis	69
B. Einflussreiche Änderungen zu Beginn des 21. Jahrhunderts	69
I. Entstehung von intra-EU BIT durch die Osterweiterung der Europäischen Union	70
II. Zunehmender Rückgriff auf ISDS gegen Mitgliedstaaten der Europäischen Union	71
III. Investitionsschiedsverfahren im Blickfeld der Öffentlichkeit	73
IV. Fokusverschiebung auf europäischem Niveau	74
V. Zwischenergebnis	77

2. Kapitel: Ein Blick in die Gegenwart – Spannungsverhältnis	78
A. Bewertung des Konfliktpotenzials aus unionsrechtlicher Sicht	79
I. ISDS-Klauseln in intra-EU BIT im Lichte von Art. 344 AEUV	80
1. Regelungsgehalt von Art. 344 AEUV	81
2. ISDS-Klauseln in intra-EU BIT als anderweitige Regelung einer Streitigkeit in Widerspruch zu Art. 344 AEUV	86
a) Auslegung oder Anwendung der Verträge als Streitgegenstand von Schiedsverfahren auf Grundlage von intra-EU BIT	87
aa) Rolle des Unionsrechts im Rahmen einer Streitigkeit über die Auslegung oder Anwendung der Verträge im Sinne des Art. 344 AEUV	87
(1.) Unsicherheit vor dem Achmea-Urteil	88
(2.) Erhellung durch das Achmea-Urteil	90
bb) Potenzielle Anwendbarkeit von Unionsrecht im Rahmen von auf der Grundlage von intra-EU BIT geführten Investor-Staat-Schiedsverfahren	94
(1.) Grundsätzliche Anwendbarkeit von Unionsrecht auf die materiellen Rechtsfragen	94
(a) Keine implizite Rechtswahl zugunsten von Unionsrecht	95
(b) Regelmäßige explizite Rechtswahl zugunsten von Unionsrecht durch die Parteien oder einschlägige Schiedsordnungen	96
(2.) Pflicht von Investitionsschiedsgerichten zur Beachtung von Unionsrecht im intra-europäischen Kontext	99
(a) Prinzip des intergerichtlichen Respekts als Grundlage	100
(b) Pflicht zum Erlass vollstreckbarer Schiedssprüche als Grundlage	102
(aa) Vorliegen einer Pflicht zum Hinwirken auf vollstreckbare Schiedssprüche	102

(bb)	Pflicht zur Berücksichtigung von Unionsrecht als Bestandteil der Pflicht zum Hinwirken auf vollstreckbare Schiedssprüche	107
(cc)	Zurückbleiben hinter dem Maßstab der potenziellen Anwendbarkeit im Sinne der Achmea-Rechtsprechung	109
(dd)	Zwischenergebnis	110
(3.)	Zwischenergebnis	111
cc)	Zwischenergebnis	112
b)	Paralleler gerichtlicher Rechtsschutz für Investoren nach Unionsrecht	113
c)	Investitionsschiedsverfahren mit Beteiligung eines privaten Investors als Streitigkeit im Sinne des Art. 344 AEUV	123
aa)	Zur Frage des zwischenstaatlichen Charakters von Investitionsschiedsverfahren	123
(1.)	Voraussetzungen für die Berechtigung privater Dritter durch völkerrechtliche Verträge	126
(2.)	Anwendung der Voraussetzungen für die Berechtigung privater Dritter durch völkerrechtliche Verträge auf IIA	132
(a)	Unmittelbare Anwendbarkeit der potenziell Investorenrechte begründenden Bestimmungen	135
(b)	Deutliche und präzise Willensäußerung im Hinblick auf die Übertragung von Investorenrechten	138
(aa)	Deutliche und präzise Willensäußerung im Hinblick auf die Begründung eines prozessualen Schiedsklagerechts des Investors	141
(bb)	Deutliche und präzise Willensäußerung im Hinblick auf die Begründung materieller Investorenrechte	155
(cc)	Zwischenergebnis	164
(c)	Zwischenergebnis	164

bb) Subsumierbarkeit von Investor-Staat-Streitigkeiten unter Art. 344 AEUV	165
cc) Zwischenergebnis	171
3. Zwischenergebnis	171
II. ISDS-Klauseln in intra-EU BIT im Lichte von Art. 267 AEUV	172
1. Regelungsgehalt von Art. 267 AEUV	173
2. Investitionsrechtliche Schiedsverfahren auf der Grundlage von intra-EU BIT als Hindernis für die Effizienz des Vorlageverfahrens in Art. 267 AEUV	177
a) Fehlende Vorlageberechtigung von Investitionsschiedsgerichten	180
aa) Bisherige Rechtsprechung des EuGH zur Vorlageberechtigung nach Art. 267 AEUV	180
(1.) Gerichtseigenschaft im Sinne des Art. 267 AEUV – Die Entwicklung des „klassischen Septetts“	181
(a) Gesetzliche Grundlage	187
(b) Ständiger Charakter	188
(c) Unabhängigkeit	189
(d) Obligatorische Gerichtsbarkeit	195
(e) Streitiges Verfahren	198
(f) Anwendung von Rechtsnormen	199
(g) Tätigkeit mit Rechtsprechungscharakter	201
(h) Berücksichtigung weiterer Gesichtspunkte	204
(i) Zwischenergebnis	208
(2.) Zugehörigkeit zu einem Mitgliedstaat im Sinne des Art. 267 AEUV	209
(3.) Rechtsprechung des EuGH zu der Vorlagebefugnis von Schiedsgerichten	212
bb) Einordnung des Achmea-Urteils	216
(1.) Fehlende Subsumierbarkeit unter den unionsrechtlichen Gerichts begriff	217
(2.) Fokussierung auf das fehlende Verhältnis zu den innerstaatlichen Gerichtssystemen	224

(3.) Ablehnung einer Deutung der Fokussierung als Ankündigung einer grundsätzlichen Öffnung des unionsrechtlichen Gerichtsbegriffs für vertragliche Schiedsgerichte	230
(4.) Zwischenergebnis	234
b) Keine Wahrung der Effizienz des Vorlageverfahrens durch potenzielle Befassung vorlageberechtigter Gerichte mit investitionsrechtlichen Schiedssprüchen	235
aa) Potenzielle Befassung vorlageberechtigter Gerichte mit den sich in Investitionsschiedsverfahren stellenden unionsrechtlichen Fragen	236
bb) Bewertung der potenziellen Befassung vorlageberechtigter Gerichte in der bisherigen Rechtsprechung des EuGH	239
cc) Einordnung des Achmea-Urteils in die bisherige Rechtsprechung	242
(1.) Einschränkung des Anwendungsbereichs der Eco-Swiss-Rechtsprechung	242
(2.) Verschiebung des Maßstabs zugunsten der effektiven und einheitlichen Durchsetzung des Unionsrechts im Bereich der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit	248
(3.) Verschärfung der Rechtsprechung zur Handelsschiedsgerichtsbarkeit	249
dd) Zwischenergebnis	251
3. Zwischenergebnis	252
III. ISDS-Klauseln in intra-EU BIT im Lichte von Art. 18 UAbs. 1 AEUV	252
1. Objektiv gleiche Lage ausländischer EU-Investoren	256
a) Rechtsprechung des EuGH zu Doppelbesteuerungsabkommen	258
b) Fehlende Übertragbarkeit der Rechtsprechung auf intra-EU BIT	260
c) Zwischenergebnis	265
2. Pflicht zur Gleichbehandlung von EU-Ausländern aus Art. 18 UAbs. 1 AEUV	266
3. Keine Erstreckung des Zugangs zu ISDS auf diskriminierte Investoren	273

4. Zwischenergebnis	275
IV. ISDS-Klauseln in intra-EU BIT im Lichte der Autonomie der Unionsrechtsordnung	276
1. Bisherige Rechtsprechung des EuGH zur Beeinträchtigung der Autonomie der Unionsrechtsordnung	278
2. Einordnung des Achmea-Urteils in die Rechtsprechungspraxis	282
a) Aufgreifen der altbekannten Kriterien	282
b) Fortbildung der Rechtsprechung	288
3. Zwischenergebnis	289
V. ISDS-Klauseln in intra-EU BIT im Lichte des Grundsatzes des gegenseitigen Vertrauens	290
1. Der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens in der Rechtsprechung des EuGH	291
2. Bewertung der Achmea-Rechtsprechung im Lichte der bisherigen Rechtsprechung	301
a) Nachvollziehbarkeit der Subsumtion	301
b) Möglichkeit einer abweichenden Bewertung im Einzelfall als offene Frage für die Zukunft	303
3. Zwischenergebnis	304
VI. Ergebnis zur Bewertung des Konfliktpotenzials aus unionsrechtlicher Sicht	305
B. Bewertung des Konfliktpotenzials aus völkerrechtlicher Sicht	309
I. Unionsrechtskonforme Auslegung von intra-EU BIT als mögliche Lösung	311
1. Völkerrechtliche Grundlage für die Heranziehung von Unionsrecht im Rahmen der Auslegung von intra-EU BIT	312
2. Der nachträgliche Abschluss der europäischen Verträge als potenzielles Hindernis für ihre Berücksichtigung	318
3. Zur Realisierbarkeit einer unionsrechtskonformen Auslegung von ISDS-Klauseln in intra-EU BIT	328
4. Zwischenergebnis	332
II. Beendigung von intra-EU BIT nach Art. 59 Abs. 1 WVK als mögliche Lösung	333
1. Vorliegen eines späteren Vertrages zwischen den Vertragsparteien eines intra-EU BIT	338

2. Übereinstimmung der Vertragsgegenstände im Sinne von Art. 59 Abs. 1 Hs. 1 WVK	340
3. Prüfung der Voraussetzung(en) von Art. 59 Abs. 1 lit. a und b WVK	354
a) Verhältnis von Art. 59 Abs. 1 lit. a und b WVK	354
b) Fehlen einer Beendigungsabsicht	357
4. Zwischenergebnis	365
III. Fehlende Anwendbarkeit der ISDS-Klauseln in intra-EU BIT als mögliche Lösung	366
1. Situation bis zum 15. Januar 2019	367
a) Besondere Kollisionsregeln betreffend das Verhältnis von intra-EU BIT und Unionsrecht	367
b) Das Verhältnis von intra-EU BIT und Unionsrecht im Lichte allgemeiner Vorrangsregeln	372
aa) Keine Unanwendbarkeit von ISDS-Klauseln auf Grundlage der <i>Lex-specialis-derogat-legi-generalis-Maxime</i>	373
bb) Unanwendbarkeit von ISDS-Klauseln nach Art. 30 Abs. 3 WVK	375
c) Zwischenergebnis	376
2. Situation nach den Erklärungen der Mitgliedstaaten vom 15. und 16. Januar 2019	377
3. Zwischenergebnis	379
IV. Ergebnis zur Bewertung des Konfliktpotenzials aus völkerrechtlicher Sicht	379
C. Zusammenfassung der Ergebnisse	380
3. Kapitel: Ein Blick in die Zukunft – Verdrängung	382
A. Die kurzfristige Umsetzung der Unanwendbarkeit von ISDS-Klauseln in intra-EU BIT	382
I. Umsetzung durch Investoren	383
II. Umsetzung durch die Mitgliedstaaten der Europäischen Union	384
III. Umsetzung durch Investitionsschiedsgerichte	387
1. UP and C.D Holding Internationale gg. Ungarn	388
2. Bewertung	390
IV. Umsetzung durch staatliche Gerichte	393

Inhaltsverzeichnis

V. Zwischenergebnis	397
B. Der langfristige Untergang von intra-EU BIT	398
Fazit	403
Zusammenfassende Thesen	409
Literaturverzeichnis	419

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
Abs.	Absatz
a. E.	am Ende
AEUU	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
ARS	Artikelentwurf für die Verantwortlichkeit von Staaten für völkerrechtswidriges Handeln der Völkerrechtskommission (<i>Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts of the International Law Commission</i>)
Art.	Artikel
Begr.	Begründer
BGH	Bundesgerichtshof
BIT	Bilaterales Investitionsschutzabkommen (<i>bilateral investment treaty</i>)
bspw.	beispielsweise
bzw.	beziehungsweise
CETA	Umfassendes Wirtschafts- und Handelsabkommen zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits (<i>Comprehensive Economic and Trade Agreement</i>)
DBA	Doppelbesteuerungsabkommen
ECT	Vertrag über die Energiecharta (<i>Energy Charter Treaty</i>)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
et al.	und andere
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof bestehend aus dem Gerichtshof und dem Gericht
EU-GrCH	Charta der Grundrechte der Europäischen Union

Abkürzungsverzeichnis

EUV	Vertrag über die Europäische Union
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
extra-EU BIT	Zwischen einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder der Europäischen Union und einem Drittstaat abgeschlossenes bilaterales Investitionsschutzabkommen
f.	folgende Seite
FET	gerechte und billige Behandlung (<i>fair and equitable treatment</i>)
Fn.	Fußnote
GA	Generalversammlung der Vereinten Nationen (<i>United Nations General Assembly</i>)
gg.	gegen
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
ICC	Internationale Handelskammer (<i>International Chamber of Commerce</i>)
ICJ	Internationaler Gerichtshof (<i>International Court of Justice</i>)
ICSID	Internationales Zentrum zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (<i>International Centre for Settlement of Investment Disputes</i>)
IDI	Institut für Internationales Recht (<i>Institut de droit international</i>)
IIA	internationale Investitionsschutzabkommen (<i>international investment agreements</i>)
ILC	Völkerrechtskommission (<i>International Law Commission</i>)
intra-EU BIT	zwischen zwei Mitgliedstaaten der Europäischen Union abgeschlossenes bilaterales Investitionsschutzabkommen
ISDS	Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit (<i>investor-state dispute settlement</i>)
i. V. m.	in Verbindung mit
LCIA	Internationaler Schiedsgerichtshof London (<i>London Court of International Arbitration</i>)
Lit.	littera
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen

NAFTA	Nordamerikanisches Freihandelsabkommen (<i>North American Free Trade Agreement</i>)
Nr.	Nummer
NYÜ	New Yorker Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958 (<i>New York Arbitration Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards</i>)
OLG	Oberlandesgericht
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
S.	Seite
SCC	Stockholmer Handelskammer (<i>Stockholm Chamber of Commerce</i>)
Schriftl.	Schriftleitung
TTIP	Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (<i>Transatlantic Trade and Investment Partnership</i>)
u. a.	und andere
UAbs.	Unterabsatz
UNCITRAL	Kommission der Vereinten Nationen für internationales Handelsrecht (<i>United Nations Commission for International Trade Law</i>)
UNCITRAL-ModellG	UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, das am 21. Juni 1985 angenommen und im Jahr 2006 modifiziert wurde
Var.	Variante
verb.	verbunden
Vgl.	Vergleiche
WTO	Welthandelsorganisation (<i>World Trade Organisation</i>)
WVK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (<i>Vienna Convention on the Law of Treaties</i>)
ZPO	Zivilprozessordnung

Einführung

Teile der breiten Öffentlichkeit werden mit dem Thema „Internationale Investitionsschiedsgerichtsbarkeit“ Begriffe wie „Schattengerichte“ und „Paralleljustiz“ assoziieren. Dies kann als Folge der emotional aufgeladenen Debatte über die Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*, TTIP) und das Umfassende Wirtschafts- und Handelsabkommen zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits (*Comprehensive Economic and Trade Agreement*, CETA) gesehen werden. Im Rahmen der medialen Auseinandersetzung mit den beiden Freihandelsabkommen wurde die These von internationalen Investitionsschiedsgerichten als Widersacher der demokratischen staatlichen Gerichtsbarkeit aufgestellt und den betreffenden Streitbeilegungsakteuren als Stigma auferlegt.¹ Dieses Narrativ lebt in den Köpfen vieler Menschen fort.

Eine besondere Assoziation mit dem Begriff „Intra-europäischer Investitionsschutz“ ist von einer fachfremden Adressatenrunde hingegen nicht zu erwarten. Der Querschnitt der Gesellschaft wird mit diesem weniger mediennahen Teilbereich des internationalen Investitionsschutzrechts, der sich allein mit Kapitalflüssen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union befasst, in seinem Alltag nicht konfrontiert.

Anders liegt die Situation bei Personen, die sich von Berufs wegen mit dem internationalen Investitionsrecht beschäftigen. Aus ihren Reihen

1 Paradigmatisch für die von negativ konnotierten Begriffen geprägte deutsche Medienlandschaft im Rahmen der CETA- und TTIP-Debatte *Pinzler/et al.*, Schattenjustiz – Im Namen des Geldes, in: DIE ZEIT, Nr. 10/2014 vom 27.02.2014, abrufbar unter: <https://www.zeit.de/2014/10/investitionsschutz-schiedsgericht-icsid-schattenjustiz> [zuletzt abgerufen am 03.08.2019], die, soweit erkennbar, den Begriff „Schattenjustiz“ in diesem Zusammenhang, das erste Mal benutzen. Den Gebrauch der einschlägigen Terminologie „linke[n] Politiker[n] und Aktivisten“ zuschreibend *Brühl*, Europa vor Gericht, in: Süddeutsche Zeitung, Beitrag vom 1. Mai 2014, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/investitionsschutz-im-freihandelsabkommen-ttip-europa-vor-gericht-1.1947266> [zuletzt abgerufen am 03.08.2019]. In diesem Kontext „sogenannte[n] Nichtregierungsorganisationen [...] exzellente Lobbyarbeit“ attestierend *Bubrowski*, Schiedsgerichte sind gerechter, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, Kommentar vom 25. Januar 2014, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/freihandelsabkommen-schiedsgerichte-sind-gerechter-12768294.html> [zuletzt abgerufen am 03.08.2019].

kann als erste Reaktion auf das Gebiet des intra-europäischen Investitionsschutzes das *unisono* Ertönen des Ausrufes „Achmea“ erwartet werden. Der hohe Bekanntheitsgrad des gleichnamigen, zu einer niederländischen Versicherungsgruppe gehörenden Unternehmens in diesen Fachkreisen lässt sich dabei nicht auf sein Angebotsportfolio zurückführen. Er hängt vielmehr mit einem von dem Unternehmen auf Grundlage eines bilateralen Investitionsschutzabkommens (*bilateral investment treaty*, BIT) eingeleiteten Schiedsverfahren zusammen.

Wie die meisten modernen BIT, die die Landschaft des internationalen Investitionsrechts prägen,² sah der von Achmea BV bemühte BIT einen besonderen Streitbeilegungsmechanismus vor. Dieser ermöglicht es Investoren aus einem Vertragsstaat (Heimatstaat), im Falle einer Streitigkeit betreffend ihre Investition in dem anderen Vertragsstaat (Gastgeberstaat) unmittelbar gegen den Gastgeberstaat vor einem internationalen Investitionsschiedsgericht vorzugehen (*investor-state dispute settlement*, ISDS).³ Die Krux an dem Casus Achmea war, dass der einschlägige BIT nicht zwei beliebige Staaten miteinander verband, sondern von zwei Mitgliedstaaten der Europäischen Union abgeschlossen worden war (intra-EU BIT).

Investitionen, die in den Anwendungsbereich eines intra-EU BIT fallen, profitieren von den materiellen Schutzstandards in dem BIT. Gleichzeitig kommt ihnen auch der unionsrechtliche Investitionsschutz zugute. Die in diesem Mehrebenensystem vorgesehenen Schutzstandards sind nicht notwendigerweise deckungsgleich.⁴ Zur Lösung von Streitigkeiten betreffend die Einhaltung der Schutzstandards aus dem intra-EU BIT ist regelmäßig ein Investitionsschiedsgericht berufen. Das Wachen über die Einhaltung und Auslegung von Unionsrecht obliegt hingegen dem Europäischen Gerichtshof (EuGH). Die Überlappung der Regelungsbereiche von Unionsrecht und intra-EU BIT eröffnet in der Konsequenz die Möglichkeit der parallelen Befassung zweier Streitbeilegungsakteure mit der Bewertung derselben Maßnahme eines Staates. Die sich vor dem Hintergrund dieser Kohabitation abzeichnende Gefahr einer gegensätzlichen Bewertung des

2 Gemäß UNCTAD, IIA Issues Note, Issue 3, June 2019, S. 1 sind von den existenten 3.317 internationalen Investitionsschutzabkommen (*international investment agreements*, IIA) 2.932 BIT, was einem Anteil von über 88 % entspricht.

3 Vgl. Griebel, Internationales Investitionsrecht, 93.

4 Die divergierenden Zielrichtungen der Rechtsgebiete herausstellend *Crépet Daigremont*, in: Burgorgue-Larsen/et al., *Les interactions normatives*, 167, der zufolge im Hinblick auf Unionsrecht das Integrationsnarrativ Geltung beanspruche, während das internationale Investitionsrecht von seiner schützenden Perspektive geprägt sei.

selben staatlichen Handelns wird durch die divergierenden materiellen Schutzstandards, die als Maßstab angelegt werden, weiter verschärft.⁵

Der Jurisdiktionskonflikt zwischen dem EuGH und auf der Grundlage von intra-EU BIT gegründeten Investitionsschiedsgerichten offenbarte sich zum ersten Mal in dem durch Achmea BV eingeleiteten Verfahren. Dieses fand seinen Weg zum EuGH und mündete in einem Richterspruch, der für viel Aufruhr in der Fachwelt sorgte: dem sagenumwobenen Achmea-Urteil.

A. Tatbestand

Der BGH legte in einem Verfahren, in dem die Parteien über die Aufhebung eines Schiedsspruchs stritten, die Frage der Anwendbarkeit einer Schiedsklausel⁶ in einem intra-EU BIT dem EuGH vor.

Die Niederlande sind seit dem 1. Januar 1958 Mitglied der Europäischen Union. 1991 schlossen sie mit Wirkung zum 1. Oktober 1992 einen BIT mit der Tschechoslowakei. Dieser beinhaltet in Art. 8 folgende Schiedsklausel:

- 1) All disputes between one Contracting Party and an investor of the other Contracting Party concerning an investment of the latter shall if possible, be settled amicably.
- 2) Each Contracting Party hereby consents to submit a dispute referred to in paragraph (1) of this Article, to an arbitral tribunal, if the dispute has not been settled amicably within a period of six months from the date either party to the dispute requested amicable settlement.
- 3) The arbitral tribunal referred to in paragraph (2) of this Article will be constituted for each individual case in the following way: each party to the dispute appoints one member of the tribunal and the two members thus appointed shall select a national of a third State as Chairman of the tribunal. Each party to the dispute shall appoint its member of the

5 In diesem Zusammenhang ebenfalls den Vergleich zu der aus dem französischen Regierungssystem bekannten Figur der Kohabitation (im französischen Original: *cohabitation*) ziehend *Dutheil de la Rochère*, in: Masclet/et al., *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, 391, 392.

6 Der Begriff „Schiedsklausel“ bezeichnet eine in BIT enthaltene Bestimmung, mit der die vertragsschließenden Staaten ihr Einverständnis zu der Durchführung eines internationalen Schiedsverfahrens im Falle einer die Investition betreffenden Streitigkeit gegen den Investor der anderen Vertragspartei erklären.

tribunal within two months, and the Chairman shall be appointed within three months from the date on which the investor has notified the other Contracting Party of his decision to submit the dispute to the arbitral tribunal.

- 4) If the appointments have not been made in the above mentioned periods, either party to the dispute may invite the President of the Arbitration Institute of the Chamber of Commerce of Stockholm to make the necessary appointments. If the President is a national of either Contracting Party or if he is otherwise prevented from discharging the said function, the Vice-President shall be invited to make the necessary appointments. If the Vice-President is a national of either Contracting Party or if he too is prevented from discharging the said function, the most senior member of the Arbitration Institute who is not a national of either Contracting Party shall be invited to make the necessary appointments.
- 5) The arbitration tribunal shall determine its own procedure applying the arbitration rules of the United Nations Commission for International Trade Law (UNCITRAL)
- 6) The arbitral tribunal shall decide on the basis of the law, taking into account in particular though not exclusively:
 - the law in force of the Contracting Party concerned;
 - the provisions of this Agreement, and other relevant Agreements between the Contracting Parties;
 - the provisions of special agreements relating to the investment;
 - the general principles of international law.
- 7) The tribunal takes its decision by majority of votes; such decision shall be final and binding upon the parties to the dispute.

Am 1. Januar 1993 trat die Slowakische Republik als Rechtsnachfolgerin der Tschechoslowakei in deren Rechte und Pflichten aus diesem BIT (im Folgenden: BIT Niederlande-Slowakei⁷) ein. Mit Wirkung zum 1. Mai 2004 wurde sie Mitglied der Europäischen Union.

Im Jahr 2004 öffnete die Slowakei den Markt für private Krankenversicherungen für in- und ausländische Anbieter. Nach ihrer Zulassung als

7 Die gewählte Abkürzung trägt der Tatsache Rechnung, dass in dem hier behandelten Zusammenhang ein niederländisches Unternehmen ein Schiedsverfahren gegen die Slowakei eingeleitet hat und deswegen allein das sich aus dem BIT ergebende Rechtsverhältnis zwischen den Niederlanden und der Slowakei von Relevanz ist.

Krankenversicherer in der Slowakei gründete Achmea BV dort eine Tochtergesellschaft, brachte Kapital in diese ein und bot über sie auf dem slowakischen Markt private Krankenversicherungen an. Im Jahr 2006 begann die Slowakei, die Liberalisierung des Krankenversicherungsmarktes teilweise rückgängig zu machen. Sie verbot den Einsatz von Versicherungsmaklern und die Veräußerung von Versicherungsportfolios. Zudem untersagte sie im Jahr 2007 die Ausschüttung von Gewinnen aus dem Krankenversicherungsgeschäft. Letzteres Verbot wurde jedoch im Januar 2011 von dem slowakischen Verfassungsgericht für verfassungswidrig erklärt und im August 2011 wieder aufgehoben.

In Folge dieser Maßnahmen hat Achmea BV im Oktober 2008 auf Grundlage von Art. 8 BIT Niederlande-Slowakei ein Schiedsverfahren gegen die Slowakei eingeleitet. Frankfurt am Main ist als Schiedsort festgelegt worden.

Achmea BV hat behauptet, ihr sei durch die gesetzlichen Regulierungsmaßnahmen der Slowakei ein Schaden entstanden. Die Slowakei hat die Unzuständigkeit des Schiedsgerichts gerügt.

Mit Zwischenbescheid vom 26. Oktober 2010 hat das Schiedsgericht seine Zuständigkeit bejaht. Den Antrag der Slowakei auf Aufhebung des ergangenen Zwischenbescheids und die Feststellung der Unzuständigkeit des Schiedsgerichts hat das OLG Frankfurt am Main mit Beschluss vom 10. Mai 2012 zurückgewiesen. Die dagegen gerichtete Rechtsbeschwerde hat der BGH mit Beschluss vom 30. April 2014 als unzulässig zurückgewiesen.

Am 7. Dezember 2012 hat das Schiedsgericht die Slowakei zur Zahlung von Schadensersatz an Achmea BV verurteilt. Den Antrag der Slowakischen Republik auf Aufhebung dieses Schiedsspruchs hat das OLG Frankfurt mit Beschluss vom 18. Dezember 2014 zurückgewiesen. Gegen diesen Beschluss hat die Slowakei beim BGH Rechtsbeschwerde eingelegt.

Die Slowakische Republik beantragt,

den Schiedsspruch vom 7. Dezember 2012 aufzuheben.

Achmea BV beantragt,

die Rechtsbeschwerde zurückzuweisen.

Am 3. März 2016 hat der BGH das Verfahren ausgesetzt und dem EuGH folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Steht Art. 344 AEUV der Anwendung einer Regelung in einem bilateralen Investitionsschutzabkommen zwischen Mitgliedstaaten der Union (einem sogenannten unionsinternen BIT) entgegen, nach der ein Investor eines Vertragsstaats bei einer Streitigkeit über Investitio-

nen in dem anderen Vertragsstaat gegen Letzteren ein Verfahren vor einem Schiedsgericht einleiten darf, wenn das Investitionsschutzabkommen vor dem Beitritt eines der Vertragsstaaten zur Union abgeschlossen worden ist, das Schiedsgerichtsverfahren aber erst danach eingeleitet werden soll?

Falls Frage 1 zu verneinen ist:

2. Steht Art. 267 AEUV der Anwendung einer solchen Regelung entgegen?

Falls die Fragen 1 und 2 zu verneinen sind:

3. Steht Art. 18 Abs. 1 AEUV unter den in Frage 1 beschriebenen Umständen der Anwendung einer solchen Regelung entgegen?

B. Urteil des EuGH

Im Gegensatz zu Generalanwalt *Wathelet* kommt der EuGH in seinem Urteil vom 6. März 2018 zu dem Ergebnis, dass eine Schiedsklausel, wie sie in Art. 8 BIT Niederlande-Slowakei vorhanden ist, jedenfalls nicht mit Art. 344 AEUV und Art. 267 AEUV vereinbar sei.⁸ In der Folge hält er es nicht für notwendig, sich mit dem in Art. 18 AEUV verankerten allgemeinen Diskriminierungsverbot auseinanderzusetzen.

Seiner gemeinsamen Beantwortung der ersten beiden Vorlagefragen stellt der EuGH allgemeine Überlegungen voran. Er verweist darauf, dass

„nach ständiger Rechtsprechung [...] eine internationale Übereinkunft die in den Verträgen festgelegte Zuständigkeitsordnung und damit die Autonomie der Rechtssysteme der Union [...] nicht beeinträchtigen darf.“⁹

Dieser Grundsatz sei in Art. 344 AEUV verankert.¹⁰ Die Autonomie der Unionsrechtsordnung bestehe gegenüber dem Recht der Mitgliedstaaten und dem Völkerrecht und rechtfertige sich durch die wesentlichen Merk-

8 Eine ausführliche Befassung mit den in Generalanwalt *Wathelet*, Schlussantrag vom 19.09.2017, *Slowakische Republik gg. Achmea BV*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2017:699 vorgetragenen Argumenten unterbleibt.

9 EuGH, Urteil vom 06.03.2018, *Slowakische Republik gg. Achmea BV*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 32.

10 EuGH, Urteil vom 06.03.2018, *Slowakische Republik gg. Achmea BV*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 32.

male der Union und ihres Rechts.¹¹ Dabei kennzeichne das Unionsrecht seine autonome Quelle, sein Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten und seine teilweise unmittelbare Wirkung.¹² Es beruhe auf der grundlegenden Prämisse, dass die Mitgliedstaaten eine gemeinsame Werteordnung teilen, was wiederum ein gegenseitiges Vertrauen der Mitgliedstaaten in die Anerkennung dieser Werte und der Achtung des sie umsetzenden Unionsrechts impliziere und rechtfertige.¹³ In diesem Zusammenhang obliege ihnen eine in Art. 4 Abs. 3 UAbs. 1 EUV niedergelegte Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit, auf deren Grundlage sie insbesondere für die Anwendung und Wahrung des Unionsrechts zu sorgen und zu diesem Zweck alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus den Verträgen oder den Handlungen der Unionsorgane ergeben, zu ergreifen haben.¹⁴

Zur Sicherstellung dieser besonderen Merkmale und der Autonomie der Unionsrechtsordnung sei das unionsrechtliche Gerichtssystem geschaffen worden, das der Gewährleistung der Einheitlichkeit und Kohärenz bei der Auslegung des Unionsrechts diene.¹⁵ Es schreibe den nationalen Gerichten und dem EuGH die Aufgabe zu, die volle Anwendung des Unionsrechts in allen Mitgliedstaaten und den Schutz der Rechte zu gewährleisten, die den Einzelnen aus ihm erwachsen.¹⁶ Das Schlüsselement dieses Gerichtssystems bilde das Vorlageverfahren in Art. 267 AEUV.¹⁷

Nach diesen allgemeinen Ausführungen bejaht der EuGH, dass sich die Streitigkeiten, über die das in Art. 8 BIT Niederlande-Slowakei genannte Schiedsgericht zu erkennen hat, auf die Auslegung oder Anwendung des Unionsrechts beziehen könnten,¹⁸ da das Schiedsgericht

11 EuGH, Urteil vom 06.03.2018, *Slowakische Republik gg. Achmea BV*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 33.

12 EuGH, Urteil vom 06.03.2018, *Slowakische Republik gg. Achmea BV*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 33.

13 EuGH, Urteil vom 06.03.2018, *Slowakische Republik gg. Achmea BV*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 34.

14 EuGH, Urteil vom 06.03.2018, *Slowakische Republik gg. Achmea BV*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 34.

15 EuGH, Urteil vom 06.03.2018, *Slowakische Republik gg. Achmea BV*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 35.

16 EuGH, Urteil vom 06.03.2018, *Slowakische Republik gg. Achmea BV*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 36.

17 EuGH, Urteil vom 06.03.2018, *Slowakische Republik gg. Achmea BV*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 37.

18 EuGH, Urteil vom 06.03.2018, *Slowakische Republik gg. Achmea BV*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 39-42.

„gegebenenfalls das Unionsrechts und insbesondere die Bestimmungen über die Grundfreiheiten, darunter die Niederlassungsfreiheit und die Kapitalverkehrsfreiheit, auszulegen oder sogar anzuwenden [hat].“¹⁹

Dies ergebe sich aus Art. 8 Abs. 6 BIT Niederlande-Slowakei, der als zu berücksichtigende Rechtsordnungen *inter alia* das Recht der betroffenen Vertragspartei und alle erheblichen Abkommen zwischen den Vertragsparteien nennt.²⁰ Dem EuGH zufolge lasse sich das Unionsrecht diesen beiden Kategorien zuordnen.²¹

Anschließend verweigert der EuGH dem auf Grundlage von Art. 8 BIT Niederlande-Slowakei gegründeten Schiedsgericht die Qualifikation als „Gericht eines Mitgliedstaates“ im Sinne des Art. 267 AEUV.²² Er stützt seine Einschätzung auf die Grundlage, dass das Schiedsgericht weder einen Teil des in den Niederlanden oder der Slowakei bestehenden Gerichtssystems darstelle, noch als ein gemeinsames Gericht beider Mitgliedstaaten angesehen werden könne.²³ Vielmehr verweist er darauf, dass der Ausnahmecharakter der in Art. 8 BIT Niederlande-Slowakei vorgesehenen Schiedsgerichtsbarkeit im Verhältnis zu den nationalen Gerichtssystemen der Vertragsparteien eine der *Raisons d'être* der Schiedsklausel sei.²⁴

Die Ablehnung eines direkten Vorlagerechts des Schiedsgerichts führt den EuGH zu der Frage, ob die Möglichkeit einer indirekten Vorlage der vom Schiedsgericht behandelten unionsrechtlichen Fragen durch staatliche Gerichte im Rahmen einer Kontrollinstanz bestehe, die insbesondere Einklang mit Art. 19 EUV herstellt.²⁵

19 EuGH, Urteil vom 06.03.2018, *Slowakische Republik gg. Achmea BV*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 42.

20 EuGH, Urteil vom 06.03.2018, *Slowakische Republik gg. Achmea BV*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 40.

21 EuGH, Urteil vom 06.03.2018, *Slowakische Republik gg. Achmea BV*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 41.

22 EuGH, Urteil vom 06.03.2018, *Slowakische Republik gg. Achmea BV*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 49.

23 EuGH, Urteil vom 06.03.2018, *Slowakische Republik gg. Achmea BV*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 45, 48.

24 EuGH, Urteil vom 06.03.2018, *Slowakische Republik gg. Achmea BV*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 45.

25 EuGH, Urteil vom 06.03.2018, *Slowakische Republik gg. Achmea BV*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 50.

In diesem Kontext verweist er auf die Endgültigkeit der Entscheidungen des Schiedsgerichts und die Tatsache, dass dieses sein eigenes Verfahren unter Anwendung der Schiedsordnung der Kommission der Vereinten Nationen für internationales Handelsrecht (*United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL*) festlegt.²⁶ Er betont, dass es von der von dem Schiedsgericht zu treffenden Wahl des Schiedsortes und dem anwendbaren nationalen Prozessrecht abhängt, ob und in welchem Umfang der zu erlassende Schiedsspruch von einem mitgliedstaatlichen Gericht mit der Möglichkeit zur Vorlage an den EuGH überprüft werden kann.²⁷ Eine beschränkte Prüfkompetenz wie in § 1059 Abs. 2 ZPO erklärt er dabei im Lichte des Unionsrechts für unzureichend.²⁸ In Abgrenzung der Investitions- von der Handelsschiedsgerichtsbarkeit erklärt er unter Hinweis auf seine bisherige Rechtsprechung, dass

„die Erfordernisse der Wirksamkeit des Schiedsverfahrens es [in der Handelsschiedsgerichtsbarkeit] rechtfertigen, Schiedssprüche durch die Gerichte der Mitgliedstaaten nur in beschränktem Umfang zu überprüfen, soweit die grundlegenden Bestimmungen des Unionsrechts im Rahmen dieser Kontrolle geprüft werden können und gegebenenfalls Gegenstand einer Vorlage zur Vorabentscheidung an den Gerichtshof sein können [Verweise weggelassen].“²⁹

Diese Argumentation sei nicht auf die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit übertragbar.³⁰

„Während [...] [ein Handelsschiedsverfahren] nämlich auf der Parteiautonomie beruht, leitet sich [...] [ein Investitionsschiedsverfahren] aus einem Vertrag her, in dem Mitgliedstaaten übereingekommen sind, der Zuständigkeit ihrer eigenen Gerichte und damit dem System von gerichtlichen Rechtsbehelfen, dessen Schaffung ihnen Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen vorschreibt, Rechtsstreitigkeiten zu entziehen, die die Anwendung

26 EuGH, Urteil vom 06.03.2018, *Slowakische Republik gg. Achmea BV*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 51.

27 EuGH, Urteil vom 06.03.2018, *Slowakische Republik gg. Achmea BV*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 52 f.

28 EuGH, Urteil vom 06.03.2018, *Slowakische Republik gg. Achmea BV*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 53.

29 EuGH, Urteil vom 06.03.2018, *Slowakische Republik gg. Achmea BV*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 54.

30 EuGH, Urteil vom 06.03.2018, *Slowakische Republik gg. Achmea BV*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 55.

und Auslegung des Unionsrechts betreffen können [Verweis weggelassen].³¹

Dies führt den EuGH zu dem Schluss, dass die Niederlande und die Slowakei mit dem Abschluss des BIT,

„einen Mechanismus zur Beilegung von Streitigkeiten zwischen einem Investor und einem Mitgliedstaat geschaffen haben, der ausschließen kann, dass über diese Streitigkeiten, obwohl sie die Auslegung oder Anwendung des Unionsrechts betreffen könnten, in einer Weise entschieden wird, die die volle Wirksamkeit des Unionsrechts gewährleistet.“³²

Zwar sei nach seiner ständigen Rechtsprechung, der Abschluss von internationalen Übereinkünften durch die Europäische Union, die die Schaffung eines mit der Auslegung ihrer Bestimmungen betrauten Gerichts vorsehen, dessen Entscheidungen für die EU-Organe, einschließlich des EuGH, bindend sind, im Prinzip nicht unionsrechtswidrig, solange die Autonomie der Union und ihrer Rechtsordnung gewahrt bleibt.³³ Diese Wertung könne jedoch nicht auf intra-EU BIT übertragen werden.³⁴ Zum einen würden diese nicht von der Europäischen Union, sondern von Mitgliedstaaten abgeschlossen.³⁵ Zum anderen könnten die von ihnen vorgesehenen Schiedsgerichte nicht nur mit der Auslegung des BIT, sondern auch mit der Auslegung von Unionsrecht befasst werden.³⁶ Vielmehr sei Art. 8 BIT Niederlande-Slowakei nicht mit der Verpflichtung zur loyalen Zusammenarbeit vereinbar, da er geeignet sei, neben dem die Mitgliedstaaten verbindenden Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens auch die durch das Vorabentscheidungsverfahren in Art. 267 AEUV gewährleistete Erhaltung des eigenen Charakters des Unionsrechts in Frage

31 EuGH, Urteil vom 06.03.2018, *Slowakische Republik gg. Achmea BV*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 55.

32 EuGH, Urteil vom 06.03.2018, *Slowakische Republik gg. Achmea BV*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 56.

33 EuGH, Urteil vom 06.03.2018, *Slowakische Republik gg. Achmea BV*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 57.

34 EuGH, Urteil vom 06.03.2018, *Slowakische Republik gg. Achmea BV*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 58.

35 EuGH, Urteil vom 06.03.2018, *Slowakische Republik gg. Achmea BV*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 58.

36 EuGH, Urteil vom 06.03.2018, *Slowakische Republik gg. Achmea BV*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 58.

zu stellen.³⁷ Dies führe letztlich zu einer Gefährdung der Autonomie der Unionsrechtsordnung.³⁸

Der EuGH kommt daher zu dem folgenden Ergebnis:

„Die Art. 267 und 344 AEUV sind dahin auszulegen, dass sie einer Bestimmung in einer internationalen Übereinkunft zwischen den Mitgliedstaaten wie Art. 8 des Abkommens zwischen dem Königreich der Niederlande und der Tschechischen und Slowakischen Föderativen Republik über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Investitionen entgegenstehen, nach der ein Investor eines dieser Mitgliedstaaten im Fall einer Streitigkeit über Investitionen in dem anderen Mitgliedstaat gegen diesen ein Verfahren vor einem Schiedsgericht einleiten darf, dessen Gerichtsbarkeit sich dieser Mitgliedstaat unterworfen hat.“³⁹

C. Aussage des Urteils

Nach ihrem Erlass hat die Achmea-Entscheidung eine große Resonanz in Praxis und Wissenschaft erfahren. Zahlreiche Urteilsbesprechungen und Konferenzen haben sich mit ihren Auswirkungen befasst.⁴⁰ Auch wenn das Meinungsbild divergiert, scheinen sich die vielen Kommentatoren in

37 EuGH, Urteil vom 06.03.2018, *Slowakische Republik gg. Achmea BV*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 58.

38 EuGH, Urteil vom 06.03.2018, *Slowakische Republik gg. Achmea BV*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 59.

39 EuGH, Urteil vom 06.03.2018, *Slowakische Republik gg. Achmea BV*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Urteilstenor.

40 Für Urteilsbesprechungen siehe bspw. *Basener*, Du sollst keine andere Gerichtsbarkeit neben mir haben – EuGH zu Schiedsklauseln in Investitionsschutzabkommen, einsehbar unter <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/eugh-c28416-investitionsschutz-eu-schiedsklauseln-schiedsgerichtsbarkeit-innerhalb-europas-untersagt/> [zuletzt abgerufen am 03.08.2019]; *Bizikova*, The CJEU in Slovakia v Achmea or Is Justice Best Served Cold?, einsehbar unter <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/03/11/cjeu-slovakia-v-Achmea-justice-best-served-cold/> [zuletzt abgerufen am 03.08.2019]; *Boknik*, Incompatibilité des clauses d'arbitrage contenues dans les TBI intra-UE avec le droit de l'Union, einsehbar unter <https://www.ceje.ch/fr/actualites/divers/2018/03/incompatibilite-des-clauses-darbitrage-contenues-dans-les-tbi-intra-ue-avec-le-droit-de-lunion/> [zuletzt abgerufen am 03.08.2019]; *Casteleiro*, El fin de los TBI intra-UE: Una breve reflexión sobre la sentencia Achmea, einsehbar unter <https://aquiencia.net/2018/03/08/el-fin-de-los-tbi-intra-ue-una-breve-reflexion-sobre-la-sentencia-Achmea/> [zuletzt abgerufen

einem Punkt einig zu sein: Bei Achmea handelt sich um eine Entscheidung, die das Potenzial hat, als Klassiker in die Annalen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit einzugehen. Eine Entscheidung mit hoher Schlagkraft, die droht, ganze – bislang sehr lukrative – Arbeitsbereiche einzuebnen, und starke Unsicherheiten bei Großinvestoren hervorruft. Doch bevor man in Jubelschreie oder Wutgeheul ausbricht, in Schockstarre gefriert oder in Ratlosigkeit versinkt, sollte man sich zunächst eine simple Frage stellen: Was genau hat der EuGH am sagenumwobenen 6. März 2018 entschieden? Und – die vielleicht noch wichtigere Frage – was gerade nicht?

I. Ein Urteil von grundsätzlicher Bedeutung

Der Inhalt der Entscheidung muss im Lichte ihrer grundsätzlichen Bedeutung untersucht werden. Dass der EuGH den Fall Achmea zum Anlass nimmt, um eine Grundsatzentscheidung zu erlassen, ergibt sich schon unabhängig vom eigentlichen Ergebnis aus der Art und Weise der Begründung seines Urteils. Besonderheiten des Einzelfalls schenkt der EuGH kaum Beachtung. Seine Überlegungen zeichnen sich vielmehr durch ihr hohes Abstraktionsmaß und ihre Allgemeinheit aus. Die herangezogenen Bewertungsmaßstäbe sind durchweg unionsrechtliche Verfassungsprinzipien von fundamentaler Bedeutung und zeugen vom Willen des EuGH, eine über den Einzelfall hinausgehende, grundsätzliche Wertung zu treffen.

am 03.08.2019]; *Lavranos*, Black Tuesday: the End of Intra-EU BITs, einsehbar unter <http://arbitrationblog.practicallaw.com/black-tuesday-the-end-of-intra-eu-bits/> [zuletzt abgerufen am 03.08.2019]; *Nacimiento/Bauer*, in: BB 2018, 1347. Für einschlägige Konferenzen siehe bspw. die von der ESSEC Business School am 11. April 2018 im Rahmen der Paris Arbitration Week organisierte Konferenz „The Future of Intra-EU Investment Arbitration in the Aftermath of the Achmea Judgment“, Einladung einsehbar unter <http://www45.essec.edu/professorsCV/showRef.do?bibID=13785> [zuletzt abgerufen am 03.08.2019]; die von dem Amsterdam Center for International Law organisierte Konferenz „W(h)ither ISDS? The Impact of Achmea on Pending Arbitrations under Member States’ BITs and the Energy Charter Treaty“ vom 26. Juni 2018, für mehr Informationen siehe <https://acil.uva.nl/content/events/workshops/2018/06/whither-isds.html?1563863493418> [zuletzt abgerufen am 03.08.2019]; die am 5. Juli 2018 an der Universität zu Köln vom International Investment Law Centre Cologne abgehaltene Konferenz „Protection of Foreign Investments in Europe – Perspectives and Solutions“, für den Tagungsbericht siehe *Boknik*, in: EuZW 2018, 837.

Schon die dem EuGH vorgelegten Bestimmungen stellen grundlegende Normen des europäischen Primärrechts dar, die von herausragender Bedeutung für die Unionsrechtsordnung sind. Ihre Auslegung bietet Potenzial, um eine Grundsatzentscheidung zu tragen. Doch der EuGH begnügt sich nicht damit, seine Entscheidung allein auf die Auslegung der vorgelegten Normen zu beschränken.⁴¹ Zwar stützt er sein Ergebnis vordergründig auf Art. 344, 267 AEUV.⁴² Bei der Lektüre der Urteilsgründe drängt sich jedoch der Eindruck auf, dass die Anknüpfung an diese beiden Vorschriften primär der Formulierung der Vorlagefrage geschuldet ist. Beispielsweise (bspw.) findet eine konkrete Prüfung des Art. 344 AEUV nicht statt.

Inhaltlich löst sich der EuGH von den konkreten Vorlagefragen und stützt sich bei seiner Bewertung auch auf allgemeine Prinzipien des Unionsrechts, die gleichsam über dem Normengeflecht der europäischen Verträge⁴³ schweben und keinen zwingenden Referenzpunkt in einer der vorgelegten Bestimmungen haben. Diese Feststellung wird durch den Aufbau des Urteils verdeutlicht: Von den 31 Absätzen, mit denen er die Vorlagefragen beantwortet, widmet der EuGH knapp ein Viertel (sieben Absätze) allgemeinen Erwägungen zu grundlegenden Prinzipien und Strukturen der Unionsrechtsordnung. Die Vorlagefragen beantwortet er nach eigenem Dafürhalten ausdrücklich „im Licht dieser Erwägungen“.⁴⁴

Die Entscheidung des EuGH basiert vorrangig auf einer angenommenen Beeinträchtigung der Autonomie des Unionsrechts.⁴⁵ Um diese zu begründen, setzt er die in Bezug auf verschiedene Prinzipien und Strukturmerkmale der Unionsrechtsordnung festgestellten Verstöße und Unvereinbarkeiten zusammen. So sieht er neben einem Verstoß gegen den Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten eine Verlet-

41 Ausführlich zu der Kompetenz des EuGH, im Rahmen von Auslegungsurteilen eine *Ex-officio-Prüfung* am Maßstab des gesamten Unionsrechts durchzuführen, siehe *Sachs*, Die *Ex-officio-Prüfung* durch die Gemeinschaftsgerichte, 78-81, 242.

42 Mit Art. 18 UAbs. 1 AEUV setzt er sich mangels Notwendigkeit nicht auseinander, siehe EuGH, Urteil vom 06.03.2018, *Slowakische Republik gg. Achmea BV*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 61.

43 Unter „europäische Verträge“ ist hier die Gesamtheit der das europäische Primärrecht bildenden Verträge zu verstehen.

44 EuGH, Urteil vom 06.03.2018, *Slowakische Republik gg. Achmea BV*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 38.

45 EuGH, Urteil vom 06.03.2018, *Slowakische Republik gg. Achmea BV*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 59.

zung des Grundsatzes der loyalen Zusammenarbeit.⁴⁶ Der ISDS-Mechanismus gefährde die effektive Durchsetzung des Unionsrechts⁴⁷ sowie seine einheitliche Auslegung und Kohärenz.⁴⁸ Gleichzeitig beeinträchtige er die durch die europäischen Verträge vorgesehene Zuständigkeitsordnung.⁴⁹

II. Anwendungsbereich der Achmea-Rechtsprechung

Urteile, in denen der EuGH die Ungültigkeit von Unionsrecht oder sonstigen Organhandlungen feststellt, entfalten unstreitig *Erga-omnes-Wirkung*.⁵⁰ Im Hinblick auf Auslegungsurteile, wie die Achmea-Entscheidung, lässt sich eine entsprechende Bindungswirkung nicht ohne Weiteres bejahen.⁵¹ Diese haben primär einen *Inter-partes-Effekt* und binden die im Ausgangsverfahren befassten Gerichte.⁵² Nicht an dem Ausgangsstreit beteiligte letztinstanzliche Gerichte müssen allerdings, wenn sie der Auslegung des EuGH nicht folgen wollen, die Frage abermals vorlegen.⁵³ Spiegelbildlich

46 EuGH, Urteil vom 06.03.2018, *Slowakische Republik gg. Achmea BV*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 58

47 EuGH, Urteil vom 06.03.2018, *Slowakische Republik gg. Achmea BV*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 56.

48 EuGH, Urteil vom 06.03.2018, *Slowakische Republik gg. Achmea BV*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 35-37, 58.

49 EuGH, Urteil vom 06.03.2018, *Slowakische Republik gg. Achmea BV*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 55.

50 Vgl. *Wegener*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 267 AEUV Rn. 50; *Gaitanides*, in: von der Groeben/et al., Europäisches Unionsrecht, Art. 267 AEUV Rn. 90; *Borchardt*, in: Lenz/Borchardt, EU-Verträge, Art. 267 AEUV Rn. 58.

51 Vgl. *Schima*, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH, 114, der darauf hinweist, dass eine strikte Präjudizwirkung von Auslegungsurteilen weder förmlich vorgesehen sei noch vom EuGH behauptet werde. aA *Lang*, in: BzTW 2018, 16 f.

52 Vgl. *Wegener*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 267 AEUV Rn. 49; *Borchardt*, in: Lenz/Borchardt, EU-Verträge, Art. 267 AEUV Rn. 55 f.

53 *Ehricke*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 267 AEUV Rn. 72. Ob auch nicht letztinstanzliche (unterinstanzliche) Gerichte einer Vorlagepflicht bei geplanter Nichtbefolgung der durch den EuGH vorgegebenen Auslegung unterliegen, ist umstritten. Dagegen bspw. *Wegener*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 267 AEUV Rn. 51 m. w. N.; *Gaitanides*, in: von der Groeben/et al., Europäisches Unionsrecht, Art. 267 AEUV Rn. 92 unter Verweis auf die in Art. 267 Abs. 2 AEUV verankerte sachliche Unabhängigkeit unterinstanzlicher Gerichte; *Schima*, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH, 115. Dafür bspw. *Schermers/Waelbroeck*, Judicial Protection in the European Union, § 547; *Ehricke*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 267 AEUV Rn. 72 mit Verweis auf die Prozessökonomie. Un-

sind sie von ihrer Vorlagepflicht befreit, wenn sich der Rechtsprechung des EuGH bereits eine Antwort entnehmen lässt⁵⁴ oder die richtige Anwendung des Unionsrechts derart offenkundig ist, dass keinerlei Raum für einen vernünftigen Zweifel an der Entscheidung bleibt.⁵⁵ Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze muss man anerkennen, dass auch die Wirkung von Auslegungsurteilen des EuGH über den Ausgangsfall hinausgeht. In der Folge ist es überzeugend, von einer *de facto Erga-omnes-Wirkung* von Auslegungsurteilen zu sprechen.⁵⁶

Um abschätzen zu können, wie weit die *de facto Erga-omnes-Wirkung* des Achmea-Urteils reicht, ist es erforderlich, zu untersuchen, auf welche Fälle die Rechtsprechung Anwendung findet. Die Festlegung des Anwendungsbereichs der Entscheidung muss dabei im Lichte ihrer grundlegenden Bedeutung erfolgen.⁵⁷ Diese verbietet eine streng an den Besonderheiten des Einzelfalls orientierte restriktive Auslegung. Gleichzeitig darf die Aussage der Rechtsprechung nicht unverhältnismäßig überdehnt werden; ungeachtet ihrer grundsätzlichen Wertungen verbietet es sich, sie willkürlich auf sämtliche benachbarte Fallgestaltungen anzuwenden.

Als erster Anknüpfungspunkt für die Festlegung des Anwendungsbereichs des Achmea-Urteils dient der Urteilstenor, der im Lichte der Entscheidungsgründe interpretiert werden muss. Ihm zufolge befasst sich der EuGH mit

„einer Bestimmung in einer internationalen Übereinkunft zwischen den Mitgliedstaaten wie Art. 8 des Abkommens zwischen dem Königreich der Niederlande und der Tschechischen und Slowakischen Föderativen Republik über die Förderung und den gegenseitigen Schutz

streitig ist dagegen die Vorlagepflicht von unterinstanzlichen Gerichten, die einen EU-Rechtsakt nicht anwenden wollen, weil sie von seiner Ungültigkeit überzeugt sind; grundlegend hierzu EuGH, Urteil vom 22.10.1987, *Foto-Frost gg. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, Rs. 314/85 ECLI:EU:C:1987:452 Rn. 11-20.

54 Grundlegend hierzu EuGH, Urteil vom 27.03.1963, *Aktiengesellschaft Da Costa & Schaake N. V. u. a. gg. Niederländische Finanzverwaltung*, verb. Rs. 28 bis 30/62, ECLI:EU:C:1963:6 S. 80 f.

55 Grundlegend hierzu EuGH, Urteil vom 06.10.1982, *SRL C.I.L.L.I.T. u. a. gg. Ministero della Sanità*, Rs. 283/81, ECLI:EU:C:1982:335 Rn. 21.

56 So Borchardt, in: Lenz/Borchardt, EU-Verträge, Art. 267 AEUV Rn. 60. Vgl. auch Ehrlicke, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 267 AEUV Rn. 69, der eine gelockerte *Stare-decisus-Doktrin* im Unionsrecht annimmt, gleichzeitig aber darauf aufmerksam macht, dass seiner Meinung nach die Annahme einer *Erga-omnes-Wirkung* zu einer Verschiebung der Funktion des EuGH vom Rechtsprechungsorgan zu einem Ersatzgesetzgeber führe, die dogmatische Probleme aufwirft.

57 Zu der grundlegenden Bedeutung des Urteils siehe bereits S. 34-36.

von Investitionen [...], nach der ein Investor eines dieser Mitgliedstaaten im Fall einer Streitigkeit über Investitionen in dem anderen Mitgliedstaat gegen diesen ein Verfahren vor einem Schiedsgericht einleiten darf, dessen Gerichtsbarkeit sich dieser Mitgliedstaat unterworfen hat.“⁵⁸

Zunächst fällt auf, dass sich dem Achmea-Urteil keine Aussage über die Unionsrechtskonformität der materiell-rechtlichen Regelungen des BIT entnehmen lässt.⁵⁹ Es beschäftigt sich ausschließlich mit der in dem BIT enthaltenen Schiedsklausel. Eine entsprechende Stellungnahme des Gerichts ist vielmehr für die Zukunft zu erwarten; so ist es bereits kurzfristig möglich, dass sich Achmea BV vor slowakischen Gerichten auf die materiellen Schutzstandards des intra-EU BIT beruft und diese dem EuGH so dann die Frage ihrer Unionsrechtskonformität vorlegen.⁶⁰

Zudem zeigt das Abstellen auf gegen den Gastgeberstaat klagende Investoren deutlich, dass sich die Entscheidung des EuGH nur auf den sehr speziellen Fall von ISDS bezieht. Auf BIT-Bestimmungen, die im Falle einer investitionsrechtlichen Streitigkeit ein Schiedsverfahren zwischen dem Heimatstaat des Investors und seinem Gastgeberstaat vorsehen, ist die Achmea-Rechtsprechung daher genauso wenig anwendbar wie auf Schiedsklauseln außerhalb der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit. Nicht in den Anwendungsbereich der Achmea-Rechtsprechung fällt damit bspw. der Bereich der Handelsschiedsgerichtsbarkeit;⁶¹ die Notwendigkeit einer entsprechenden Differenzierung hat der EuGH bereits in den Urteilsgründen klargestellt.⁶²

Auch ist die Achmea-Rechtsprechung nicht auf BIT zwischen den Mitgliedstaaten oder der Europäischen Union und Drittstaaten anwendbar (sog. extra-EU BIT).⁶³ Dies ergibt sich zum einen aus dem Wortlaut des Urteilstenors, der ausdrücklich auf Abkommen „zwischen den

58 EuGH, Urteil vom 06.03.2018, *Slowakische Republik gg. Achmea BV*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Urteilstenor.

59 So auch *Simon/Müller*, in: NJOZ 2018, 961, 964; *Nagy*, in: GLJ 19 (2018), 981, 989, 993; *Pohl*, in: ECLR 14 (2018), 767, 777; *Stöbener de Mora*, in: EuZW 2018, 363, 365.

60 Vgl. in diesem Sinne BGH, Beschluss vom 31.10.2018 – I ZB 2/15, BeckRS 2018, 28148 Rn. 72. Dazu auch *Lang*, in: BzTW 2018, 15.

61 Vgl. *Soloch*, in: LPICT 18 (2019), 3, 15, 19.

62 Siehe dazu EuGH, Urteil vom 06.03.2018, *Slowakische Republik gg. Achmea BV*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 55.

63 Zu dieser Einschätzung kommend auch *Lemaire*, in: Rev. arb. 2018, 423, 433 f.; *Stöbener de Mora*, in: EuZW 2018, 363, 368; *Miller*, in: EuZW 2018, 357, 362. aA

Mitgliedstaaten“ abstellt. Zum anderen weist auch die Argumentation des EuGH darauf hin.⁶⁴ Denn während der Grundsatz der vollen Wirksamkeit des Unionsrechts und der eigene Charakter des durch die europäischen Verträge geschaffenen Rechts auch durch Schiedsklauseln in extra-EU BIT tangiert sein könnten, beziehen sich jedenfalls der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens sowie die Verpflichtung zur loyalen Zusammenarbeit nur auf innereuropäische Beziehungen.⁶⁵ Konsequenterweise weist der EuGH daher auch ausdrücklich darauf hin, dass er die von der Union in Ausübung ihrer Außenkompetenz abgeschlossenen internationalen Abkommen einem anderen Bewertungsmaßstab unterwerfe als Abkommen, die von den Mitgliedstaaten abgeschlossen wurden.⁶⁶

Es stellt sich die Frage, ob der Anwendungsbereich der Rechtsprechung auf die konkrete Schiedsklausel in Art. 8 BIT Niederlande-Slowakei zu beschränken ist. Dies hätte zur Folge, dass die Rechtsprechung nicht auf Schiedsklauseln in anderen BIT Anwendung finden könnte.

Für ein derartig restriktives Verständnis spricht, dass der EuGH in seiner Antwort ausdrücklich an die Klausel im BIT Niederlande-Slowakei anknüpft. Dabei weicht er bewusst von der Formulierung der Vorlagefrage des BGH ab, die sich nicht auf diese Schiedsklausel beschränkte, sondern auf „eine[...] Regelung in einem bilateralen Investitionsschutzabkommen zwischen Mitgliedstaaten der Union [Hervorhebungen hinzugefügt]“ Bezug nahm.⁶⁷ Zudem verweist der EuGH in den Urteilsgründen mehrmals auf die konkrete Formulierung der im BIT Niederlande-Slowakei enthaltenen Klausel, was darauf hinweist, dass er der konkreten Ausformung des Art. 8 BIT Niederlande-Slowakei jedenfalls eine gewisse Bedeutung zuspricht. So geht er auf den nach seinem Empfinden „sehr weiten Wortlaut[...] von Art. 8 Abs. 1 [...] BIT [Niederlande-Slowakei]“ ein,⁶⁸ subsu-

Burger, in: YIA 6 (2019), 121, 136. Für eine Anwendbarkeit auf extra-EU BIT siehe ebenfalls *Thym*, Todesstoß für autonome Investitionsschutzgerichte, einsehbar unter <https://verfassungsblog.de/todesstoss-fuer-autonome-investitionsschutzgerichte/> [zuletzt abgerufen am 03.08.2019], demzufolge man das Achmea-Urteil „schwerlich als Sonderjudikatur für innereuropäische Schiedsgerichte kleinreden kann.“

64 Vgl. *Miller*, in: EuZW 2018, 357, 362, der insoweit von einer „stark unionszentrierte[n] Argumentation“ spricht.

65 Vgl. EuGH, Gutachten 1/17 vom 30.04.2019, ECLI:EU:C:2019:341 Rn. 128 f.

66 EuGH, Urteil vom 06.03.2018, *Slowakische Republik gg. Achmea BV*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 57 f.

67 BGH, Beschluss vom 03.03.2016 – I ZB 2/15, BeckRS 2016, 8549 1. Vorlagefrage.

68 EuGH, Urteil vom 06.03.2018, *Slowakische Republik gg. Achmea BV*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 40.

miert unter den Wortlaut von Art. 8 Abs. 6 BIT Niederlande-Slowakei,⁶⁹ weist auf die in Art. 8 Abs. 7 BIT Niederlande-Slowakei vorgesehene Endgültigkeit der Entscheidungen des Schiedsgerichts hin,⁷⁰ erwähnt das Wahlrecht des Schiedsgerichts hinsichtlich seiner Verfahrensregeln in Art. 8 Abs. 5 BIT Niederlande-Slowakei⁷¹ und nimmt Bezug auf „alle [...] in Art. 8 des BIT vorgesehenen [...] Merkmale des Schiedsgerichts [...]“.⁷²

Gegen eine restriktive Leseweise spricht jedoch, dass der EuGH seine Aussage nicht gänzlich auf eine Schiedsklausel begrenzt, sondern sie im Hinblick auf „eine[...] Bestimmung [...] wie Art. 8 [BIT Niederlande-Slowakei] [Hervorhebungen hinzugefügt]“ trifft.⁷³ Diese offene Formulierung zeugt davon, dass die im Fall anwendbare Klausel als Vergleichsmaßstab zu verstehen ist und der Befund des EuGH auch vergleichbare Schiedsklauseln umfasst.⁷⁴ Dieses Verständnis legt auch die Argumentationsweise des EuGH nahe. Sie macht deutlich, dass es sich nicht um die Bewertung eines Einzelfalls, sondern ein Urteil von grundsätzlicher Bedeutung handelt. Auch wenn der EuGH teilweise auf die Formulierung der konkreten Schiedsklausel im BIT Niederlande-Slowakei abstellt, bemüht er zur Begründung seiner Entscheidung grundlegende Prinzipien des Unionsrechts. An den Stellen, an denen er konkret auf Art. 8 BIT Niederlande-Slowakei eingeht, setzt er sich letztlich mit Charakteristika der Klausel auseinander, die sie mit anderen intra-EU BIT teilt.⁷⁵ Die Arbeit mit der konkreten Schiedsklauseln stellt zwar eine Subsumtion im Einzelfall dar. Gleichzeitig zeigt sie jedoch allgemeingültige Maßstäbe auf, die in anderen Fällen her-

69 EuGH, Urteil vom 06.03.2018, *Slowakische Republik gg. Achmea BV*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 40.

70 EuGH, Urteil vom 06.03.2018, *Slowakische Republik gg. Achmea BV*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 51.

71 EuGH, Urteil vom 06.03.2018, *Slowakische Republik gg. Achmea BV*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 51.

72 Siehe EuGH, Urteil vom 06.03.2018, *Slowakische Republik gg. Achmea BV*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 56.

73 EuGH, Urteil vom 06.03.2018, *Slowakische Republik gg. Achmea BV*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Urteilstenor.

74 aA *Vattenfall AB a. o. v. Federal Republic of Germany*, Decision on the *Achmea* Issue, 31 August 2018, ICSID Case No. ARB/12/12 Rn. 139; *Pinsolle/Michou*, Arbitrage: l'arrêt *Achmea*, la fin des traités d'investissements intra-UE? Rn. 16-19, abrufbar unter <https://www.dalloz-actualite.fr/chronique/arbitrage-l-arret-Achmea-fin-des-traites-d-investissements-intra-ue#.W6FMekxuJPZ> [zuletzt abgerufen am 03.08.2019].

75 aA *Stöbener de Mora*, in: EuZW 2018, 363, 366, die jedoch unter Verweis auf einen extra-EU BIT, namentlich CETA, davon ausgeht, die Formulierungen der Schiedsklauseln in intra-EU BIT wichen voneinander ab.

angezogen werden können und bei Fehlen maßgeblicher Unterschiede herangezogen werden müssen.

Nimmt man in einem ersten Schritt an, dass sich die im Achmea-Urteil getroffene Wertung nicht nur auf Art. 8 BIT Niederlande-Slowakei, sondern auch auf vergleichbare Schiedsklauseln bezieht, stellt sich in einem zweiten Schritt die Frage nach dem konkreten Vergleichsmaßstab. Welche Eigenschaften müssen Schiedsklauseln aufweisen, um mit Art. 8 BIT Niederlande-Slowakei vergleichbar zu sein? Eine ausdrückliche Antwort auf diese Frage bleibt der EuGH schuldig. Als Anknüpfungspunkt lassen sich die in den einzelnen Absätzen des Art. 8 BIT Niederlande-Slowakei aufgestellten Merkmale der vereinbarten Schiedsgerichtsbarkeit heranziehen.

Aus dem ersten Absatz ergibt sich, dass eine Streitigkeit hinsichtlich einer Investition zwischen einer Vertragspartei und dem Investor der anderen Vertragsparteien existieren muss. Die ersten beiden Absätze sehen eine Wartefrist von sechs Monaten vor, in denen eine gütliche Beilegung angestrengt werden soll. Die anschließende Möglichkeit zur Bildung von *Ad-hoc-Schiedsgerichten* sieht der dritte Absatz vor. Zudem bestimmt er, dass jedes Schiedsgericht aus drei Schiedsrichtern bestehen soll. Dabei sollen zwei Schiedsrichter von jeweils einer Partei innerhalb von zwei Monaten ab dem Datum, an dem der Investor der anderen Vertragspartei seine Entscheidung mitgeteilt hat, die Streitigkeit dem Schiedsgericht vorzulegen, ernannt werden und gemeinsam innerhalb von drei Monaten den Angehörigen eines Drittstaates als Vorsitzenden des Schiedsgerichts bestimmen. Absatz vier regelt den Fall, dass die Ernennungen nicht innerhalb der Fristen vorgenommen werden, und spricht in dieser Hypothese die Ernennungsbefugnis dem Präsidenten (ggf. dem Vizepräsidenten oder dem ältesten Mitglied) des Schiedsgerichtsinstituts der Stockholmer Handelskammer (*Chamber of Commerce of Stockholm*, SCC) zu. Gemäß Absatz fünf legt das Schiedsgericht sein eigenes Verfahren unter Anwendung der Schiedsordnung der UNCITRAL fest. In Absatz sechs findet man eine enumerative, nicht abschließende Liste von zur Lösung der Streitigkeit zu berücksichtigenden Rechtsordnungen, namentlich das geltende Recht der Vertragsparteien, den BIT, andere erhebliche Abkommen zwischen den Vertragsparteien, besondere Vereinbarungen in Bezug auf die Investition sowie allgemeine Grundsätze des Völkerrechts. Aus dem siebten Absatz ergibt sich schließlich, dass das Schiedsgericht Mehrheitsentscheidungen trifft, die endgültig und verbindlich sind.

Welche dieser Eigenschaften war ausschlaggebend für die Einschätzung des EuGH?

Dass sich die Achmea-Rechtsprechung nur auf den speziellen Fall von ISDS bezieht, wurde bereits im Hinblick auf den Wortlaut des Urteilstenors festgestellt.⁷⁶ Dies wird auch durch die erforderliche Vergleichbarkeit zu Art. 8 BIT Niederlande-Slowakei unterstrichen.

Weder in dem Urteil noch in den Urteilsgründen geht der EuGH auf die Wartefrist von sechs Monaten, die Anzahl oder die Ernennung der Schiedsrichter, die ggf. vorhandene Ernennungsbefugnis des (Vize-) Präsidenten oder des ältesten Mitglieds des Schiedsgerichtsinstituts der SCC oder die für eine Entscheidung erforderliche Stimmenmehrheit ein. In Anbetracht seiner Begründungsansätze ist dies konsequent, denn für die Gefahr der Beeinträchtigung der Autonomie der Unionsrechtsordnung macht es keinen Unterschied, ob und wie lange eine gütliche Beilegung angestrengt werden muss, bevor ein Investitionsschiedsverfahren eingeleitet wird. Ebenso wenig ist es für das ausgemachte Gefahrenpotenzial der Schiedsklausel relevant, wie viele Schiedsrichter gewählt werden und mit welcher Mehrheit sie ihre Entscheidungen treffen. Hinsichtlich dieser Aspekte der Schiedsklausel kann man daher davon ausgehen, dass sie nicht in die Bewertung des EuGH mit eingeflossen sind und deswegen auch nicht Eingang in den Vergleichsmaßstab finden.

Auf die *Ad-hoc-Natur* der auf Grundlage von Art. 8 BIT Niederlande-Slowakei gegründeten Schiedsgerichte geht der EuGH nicht ausdrücklich ein. Dies lässt sich mit einem Blick auf seine bisherige Rechtsprechung zum Gerichtsverständnis in Art. 267 AEUV erklären. Denn in diesem Rahmen stört er sich nicht an dem *Ad-hoc-Charakter* der vorliegenden Einrichtung, wenn die gesamte Einrichtung beständig sei und als Teil des Systems der gerichtlichen Streitentscheidung angesehen werden müsse.⁷⁷ Letztlich ist es der gleiche Gedanke der fehlenden Eingliederung in das staatliche System, den der EuGH im Achmea-Urteil bemüht, wenn er die fehlende Zugehörigkeit des Schiedsgerichts zu einem Mitgliedstaat rügt.⁷⁸ Auf sie kommt es ihm letztlich an.

Des Weiteren weist der EuGH in den Urteilsgründen ausdrücklich auf die Tatsache hin, dass das Schiedsgericht sein eigenes Verfahren unter An-

76 Siehe dazu S. 38.

77 Siehe beispielweise EuGH, Urteil vom 12.06.2014, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta SA gg. Autoridade Tributária e Aduaneira*, Rs. C-377/13, ECLI:EU:C:2014:1754 Rn. 26; EuGH, Beschluss vom 13.02.2014, *Merck Canada Inc. gg. Accord Healthcare Ltd u. a.*, Rs. C-555/13, ECLI:EU:C:2014:92 Rn. 24.

78 EuGH, Urteil vom 06.03.2018, *Slowakische Republik gg. Achmea BV*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 45-48.

wendung der Schiedsordnung der UNCITRAL festlegt.⁷⁹ Bei seinen anschließenden Überlegungen stellt er jedoch nur auf eine Teilkonsequenz hieraus ab: die Macht des Schiedsgerichts durch die Bestimmung seines Sitzes, darüber zu entscheiden, nach welchem Recht sich die gerichtliche Überprüfung seines Schiedsspruchs richtet.⁸⁰ Es ist daher nicht die Unterwerfung unter die Schiedsordnung der UNCITRAL *per se*, die ausschlaggebend für die Einschätzung des EuGH ist, sondern die daraus erwachsende Freiheit des Schiedsgerichts, den Schiedsort so zu wählen, dass eine Überprüfung am Maßstab des Unionsrechts gar nicht oder nur im beschränkten Maße stattfindet.

Der EuGH bezieht sich auch auf die vom Schiedsgericht zu berücksichtigenden Rechtsordnungen.⁸¹ Dabei geht es ihm letztlich nicht um die konkrete Ausgestaltung der Rechtswahlklausel, sondern um die Subsumierbarkeit des Unionsrechts unter eine der aufgelisteten Kategorien.⁸² Schließlich geht der EuGH kurz auf die Endgültigkeit der Entscheidungen des Schiedsgerichts ein.⁸³ Ein Verweis auf ihre Verbindlichkeit findet sich dagegen nicht.

Alles in allem stellt der EuGH für seine Bewertung des Art. 8 BIT Niederlande-Slowakei entscheidend darauf ab, dass das vorgesehene Investitionsschiedsgericht endgültige Entscheidungen erlässt, nicht dem innerstaatlichen Gerichtssystem angehört und durch die Wahl seines Standorts eine Überprüfung des Schiedsspruchs am Maßstab des kompletten Unionsrechts vermeiden kann. Zudem sieht er es als entscheidungserheblich an, dass die Lösung der vor dem Schiedsgericht anhängigen Streitigkeiten die Anwendung von Unionsrecht notwendig machen kann. Folglich sind es diese grundlegenden Eigenschaften, die andere Schiedsklauseln Schiedsgerichten zusprechen müssen, um mit Art. 8 BIT Niederlande-Slowakei vergleichbar zu sein.

ISDS-Klauseln in anderen intra-EU BIT unterscheiden sich, soweit erkennbar, im Hinblick auf die Endgültigkeit ihrer Entscheidungen, ihr Ver-

79 EuGH, Urteil vom 06.03.2018, *Slowakische Republik gg. Achmea BV*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 51.

80 EuGH, Urteil vom 06.03.2018, *Slowakische Republik gg. Achmea BV*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 51-53.

81 EuGH, Urteil vom 06.03.2018, *Slowakische Republik gg. Achmea BV*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 40.

82 Siehe dazu EuGH, Urteil vom 06.03.2018, *Slowakische Republik gg. Achmea BV*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 40-42.

83 EuGH, Urteil vom 06.03.2018, *Slowakische Republik gg. Achmea BV*, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 Rn. 51.

hältnis zum innerstaatlichen Gerichtssystem und der Möglichkeit, durch die Wahl des Standorts eine Überprüfung des Schiedsspruchs am Maßstab des kompletten Unionsrechts zu vermeiden, nicht von Art. 8 BIT Niederlande-Slowakei. Unterstellt man an diesem Punkt, dass es vor ihnen zudem stets zu einer Anwendung von Unionsrecht kommen kann, ist die Anwendbarkeit der Rechtsprechung auf alle ISDS-Klauseln in intra-EU BIT anzunehmen.⁸⁴

Die Auswirkung der Achmea-Rechtsprechung könnte ferner über die Grenze von bilateralen Abkommen hinaus reichen. Es stellt sich die Frage, ob sie auch auf Abkommen Anwendung findet, die zwischen mehr Akteuren als nur zwei Mitgliedstaaten der Europäischen Union geschlossen wurden. Sie erfordert eine differenzierte Beantwortung.

Weder dem Urteilstenor noch den Urteilsgründen ist eine Begrenzung des Anwendungsbereiches auf bilaterale Abkommen zu entnehmen. Vielmehr greifen die herangezogenen Prinzipien auch im Verhältnis zwischen mehreren Mitgliedstaaten. Es gibt daher keinen Grund, multilaterale Investitionsschutzabkommen zwischen Mitgliedstaaten aus dem Anwendungsbereich der Rechtsprechung herauszunehmen.⁸⁵ Die höhere Anzahl von Vertragsparteien stellt somit keine Hürde für die Anwendbarkeit der Rechtsprechung dar.

Bedenken hinsichtlich der Anwendbarkeit der Achmea-Rechtsprechung könnten sich allerdings bei nicht ausschließlich zwischen Mitgliedstaaten geschlossenen Abkommen stellen. Vom Wortlaut her lassen sich auch internationale Übereinkünfte, an denen neben Mitgliedstaaten andere Staaten als Vertragsparteien beteiligt sind, als internationale Übereinkünfte (auch) zwischen den Mitgliedstaaten verstehen. Diese Abkommen stellen letztlich ein Hybrid aus intra- und extra-EU BIT dar. Werden sie im Verhältnis zwischen zwei Mitgliedstaaten angewendet, beanspruchen die vom EuGH herangezogenen Prinzipien in gleichem Maße wie bei reinen

84 Zu diesem Ergebnis kommend auch *Burger*, in: YIA 6 (2019), 121, 132; *Carducci*, in: ICSID Review - FILJ 33 (2018), 582, 596; *Lemaire*, in: Rev. arb. 2018, 423, 435. Ebenfalls davon ausgehend, dass die Anwendbarkeit der Achmea-Rechtsprechung auf andere intra-EU BIT letztlich davon abhängt, ob ihre ISDS-Klausel die Anwendung von Unionsrecht vorsieht, *Simon/Müller*, in: NJOZ 2018, 961, 963.

85 Folglich sind auch die vom Königreich Belgien und dem Großherzogtum Luxemburg mit anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union abgeschlossene IIA von der Achmea-Rechtsprechung umfasst.

intra-EU BIT Geltung. Eine andere Bewertung dieser Situation drängt sich daher nicht auf.⁸⁶

Im Ergebnis ist dem Achmea-Urteil somit die Aussage zu entnehmen, dass alle mit Art. 8 BIT Niederlande-Slowakei vergleichbaren ISDS-Schiedsklauseln unionsrechtswidrig sind. Dies umfasst – eine potenzielle Anwendbarkeit von Unionsrecht unterstellt – sämtliche ISDS-Schiedsklauseln in intra-EU BIT. Finden entsprechende Bestimmungen in multilateralen Verträgen im intra-europäischen Verhältnis Anwendung, greift die Rechtsprechung ebenfalls.

Von dem Anwendungsbereich der Entscheidung nicht umfasst sind hingegen Regelungen, die ein Schiedsverfahren zwischen dem Heimatstaat des Investors und seinem Gastgeberstaat vorsehen sowie Schiedsklauseln im Rahmen der Handelsschiedsgerichtsbarkeit. Gleiches gilt für ISDS-Schiedsklauseln in extra-EU BIT und für entsprechende Bestimmungen in multilateralen Abkommen, sofern sie nicht im intra-europäischen Kontext bemüht werden. Schließlich vollzieht das Urteil keine Bewertung der materiellen Regelungen von intra-EU BIT.

D. Fazit

Mag der Anlass des Achmea-Verfahrens auch ein konkreter gewesen sein, so hat ihn der EuGH genutzt, um Bewertungsmaßstäbe aufzustellen, die weit über den behandelten Einzelfall hinausgehen. Die Entscheidung hat zweifelsfrei das Potenzial, als Klassiker in die Annalen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit einzugehen.

Sie stellt eine gewichtige Zäsur für das Verhältnis von EuGH und Investitionsschiedsgerichten auf der Grundlage von intra-EU BIT dar. Nachdem beide Akteure lange Zeit friedlich parallel koexistiert haben (1. Kapitel), verkörpert die Achmea-Entscheidung sinnbildlich das aktuelle Spannungsverhältnis (2. Kapitel). Dies wirft die Frage nach den zu erwartenden Entwicklungen der Beziehung *post-Achmea* auf (3. Kapitel).

86 Die Tatsache, dass nur ein Teil der vertraglichen Verhältnisse unter die Achmea-Rechtsprechung subsumiert werden kann, wirft allerdings die Frage auf, ob multilaterale Abkommen einer geteilten Auslegung und Anwendung zugänglich sind. Zu der benachbarten Fragestellung, ob Art. 31 Abs. 3 lit. c WVK dahingehend ausgelegt werden kann, dass auch Völkerrechtssätze der Norm unterfallen, die nicht in den Beziehungen zwischen *allen* Vertragsparteien anwendbar sind, siehe *Dörr*, in: *Dörr/Schmalenbach*, Vienna Convention on the Law of Treaties, Art. 31 VCLT Rn. 103 f.